This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 194 072

Digitized by Google

HARVARD LAW LIBRARY

FROM THE LIBRARY

OF

ALEXANDER LOEFFLER

Received April 12, 1932

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Germany. Laws, statutes, etc. Locke, Criminal.

Das Strafgesetzbuch

für das

Deutsche Reich

nebst dem Einführungsgesetze

herausgegeben und erläutert

von

Dr. Reinhard Frank,
Professor der Rechte in Tübingen.

Dritte und vierte, neu bearbeitete Auflage.

Leipzig,
Verlag von C. L. Hirschfeld.
1903.

Digitized by Google

Alle Rechte vorbehalten.

APR 1 2 1932

Digitized by Google

Meinen väterlichen Freunden

dem Kommerzienrat und Präsidenten der Handelskammer

Friedrich Koch in Gießen,

dem praktischen Arzte

Dr. Georg Frank in Groß-Umstadt

gewidmet.

Digitized by Google

Digitized by Google

Aus dem Vorwort zur ersten Auflage.

. . . . Als ich der Ausarbeitung dieses Kommentars vor annähernd vier Jahren näher trat, war meine Absicht darauf gerichtet, den Studierenden zu quellenmäßiger Behandlung des Strafrechts anzuleiten. So bestimmt ich der Überzeugung war und bin, daß volle Beherrschung des Rechtsstoffs nur durch die systematische Behandlung garantiert wird, so zweifellos ist es mir, daß bei ausschließlicher Betonung der Systematik der junge Jurist nicht zu wissenschaftlicher Selbständigkeit gelangt. Den Grund für die Vernachlässigung der Quellen glaube ich in der Methode finden zu sollen, in der das Privatrecht seither dargestellt wurde und dargestellt werden mußte. Auffallend aber ist die mangelnde Quellenmäßigkeit des Rechtsunterrichts um so mehr, als in den andern Geisteswissenschaften das Zurückgehen auf die Quellen von Jahr zu Jahr schärfer betont wird.

Wollte ich mein Ziel erreichen, so war von vornherein streng wissenschaftlicher Charakter geboten. Hierdurch wurde ich genötigt, meine Ansichten überall zu begründen. Denn nicht Resultate, sondern Methoden sind es, was der Studierende in erster Linie braucht. Daher mußte ich namentlich im allgemeinen Teile den ganzen erkenntniskritischen und psychologischen Apparat heranziehen, mit dem die moderne Strafrechtswissenschaft arbeitet.

Gleichzeitig aber forderte mein Zweck Beschränkung des Umfangs. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die großen Kommentare, die Hand- und Lehrbücher sind zwar fortlaufend zitiert worden, dagegen schien mir Sparsamkeit auf dem Gebiete der Speziallitteratur um so mehr zulässig, als die Lehrbücher und Grundrisse erschöpfende Nachweisungen bieten . . . .

Während der Ausarbeitung aber haben sich meine Ziele erweitert. Es schien mir nicht nur wünschenswert, sondern auch möglich, in gleichem Maße mit den Bedürfnissen des Studierenden die des Praktikers zu berücksichtigen. Für diesen möge mein Buch die Mitte zwischen den großen Kommentaren und den mit kurzen Anmerkungen versehenen Textausgaben bilden. Gerade mit Rücksicht auf die Praxis habe ich die Übertretungen in relativ ausführlicher Weise behandelt. . . . . .

Gießen, im April 1897.

Digitized by Google

Vorwort zur dritten und vierten Auflage.

Ebenso wie der Bearbeitung der zweiten Auflage meine Übersiedlung von Gießen nach Halle, ging der Bearbeitung der jetzt vorliegenden mein Umzug von Halle nach Tübingen unmittelbar voraus. In beiden Fällen also waren die Umstände nicht gerade günstig. Da die zweite Auflage erst im Mai 1901 erschienen war, so hoffte ich, diesmal mit einigen Zusätzen auskommen, im übrigen aber die dritte Auflage von der zweiten durch Behandlung der Konkursdelikte unterscheiden zu können. Je mehr ich mich aber in die inzwischen erschienene, zum Teil sehr bedeutende Litteratur vertiefte, um so mehr sah ich ein, daß das Buch ohne gründliche Umgestaltung einzelner Partieen nicht auf der Höhe bleiben würde. Während ich mit dieser Umgestaltung beschäftigt war, schritt der Absatz der zweiten Auflage rasch vorwärts und steigerte sich im November d. J. zum vollständigen Ausverkauf. So blieb mir leider zur Darstellung der Konkursdelikte wieder keine Zeit. Indessen habe ich dem in einer Anzeige geäußerten Wunsche nach Aufnahme wenigstens des Gesetzestextes bei allen Strafbestimmungen Rechnung getragen, die an Stelle einzelner Paragraphen des Strafgesetzbuchs getreten sind.

Der Umfang des Kommentars ist gegenüber der zweiten Auflage um annähernd zwei Bogen gestiegen. Davon fallen sieben Seiten auf den allgemeinen, der Rest auf den besonderen Teil. Meinem Ziele, *sowohl der Wissenschaft als dem Studium und der Praxis zu nützen*, hoffe ich durch möglichst gleichmäßige Berücksichtigung beider Teile näher gerückt zu sein.

Da eine zu rasche Folge der Auflagen mich andern wissenschaftlichen Arbeiten dauernd entziehen würde, so hat sich die Verlagsbuchhandlung auf meine Bitte zu einer Doppelauflage entschlossen.

Bei der Korrektur der Druckbogen war mir auch diesmal mein Vetter, Kriegsgerichtsrat Koch in Halle, in liebenswürdigster Weise behilflich.

Die schon in den früheren Auflagen ausgesprochene Bitte, mich durch Mitteilung von Versehen zu unterstützen, richte ich wiederum an alle Leserkreise und sage den Herren, die ihr seither nachgekommen sind, auf diesem Wege meinen verbindlichsten Dank.

Tübingen, Weihnachten 1902.

Reinhard Frank.

Digitized by Google

Inhalt.

	Seite
Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund	1—8
Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich	9—529
Anhang.	
Gesetz betr. die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen	530—531
Register	532—541
Zusätze und Berichtigungen	542—543

Verzeichnis der Abkürzungen.

Arch.: Archiv für Strafrecht, begründet durch Goltdammer.
v. Bar: v. Bar, Lehrbuch des internationalen Privat- und Strafrechts. Stuttgart 1892.
Beling: Beling, Grundzüge des Strafrechts. 2. Aufl. Jena 1902. (In den ersten Bogen beziehen sich die Zitate auf die 1. Aufl.)
Benn.-Bel.: Bennecke und Beling, Lehrb. des deutschen Strafprozeßrechts. Breslau 1900.
Berner: Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 18. Aufl. Berlin 1898.
Binding: Binding, Handbuch des Strafrechts. 1. Bd. Leipzig 1885.
Binding, Grundriß: Binding, Grundriß des gemeinen deutschen Strafrechts. 1. Teil 6. Aufl. Leipzig 1902. 3. Teil daf. 1901.
Binding, Lehrb.: Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 1. und 2. Aufl. Leipzig 1902.
Binding, Normen: Binding, Die Normen und ihre Übertretung. 1. Aufl. Leipzig 1872. 1877. 2. Aufl. (unvollendet) daf. 1890.
BGB: Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 2. Aufl. Jena 1899. 2. Bd. Jena 1900.
del. s. g.: delictum sui generis.
D. JZ: Deutsche Juristenzeitung.
E: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
EG: Einführungsgesetz.
Endemann: Endemann, Lehrb. des bürgerlichen Rechts. 1. Band 8. Aufl. Berlin 2. Bd. 3. Aufl. Berlin 1898.
Entsch. d. hanseat. OLG's: Vogt, Entscheidungen des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Strafsachen. Hamburg 1899.
GS: Gerichtssaal.
GO: Gewerbeordnung (Fassung v. 26./7 1900).
GUVG: Gewerbeunfallversicherungsgesetz.
Hälschner: Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht. Bonn 1881/87.
HGB: Handelsgesetzbuch v. 10./5 1897.
Holtzend. Handb.: Handbuch des deutschen Strafrechts in Einzelbeiträgen, herausgegeben von v. Holtzendorff. Berlin 1871/77.
KO: Konkursordnung für das Deutsche Reich (Fassung v. 20./5 1898).

Digitized by Google

Kohler, Studien: Kohler, Studien aus dem Strafrecht. 1. Bd. Mannheim 1890.
v. Kries: v. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozeßrechts. Freiburg 1892.
Liepmann: Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. Berlin 1900.
v. Lilienthal: v. Lilienthal, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. 2. Aufl. Marburg 1900.
Loening: R. Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht. Frankfurt 1885.
v. Liszt: v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 12. Aufl. Berlin 1903. (Zitiert nach den mir freundlichst zur Verfügung gestellten Druckbogen. Sofern mir diese nicht vorlagen, beziehen sich die Zitate auf die ältere Auflage.)
Löwe-Hellw.: Löwe, Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich mit Kommentar. 10. Aufl., bearbeitet von Hellweg. Berlin 1900.
Merkel: Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Stuttgart 1889.
Meyer: Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 5. Aufl. Leipzig 1895.
MStGB: Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich.
MStGO: Militärstrafgerichtsordnung v. 1./12 1898.
Nebenstrafges.: Die strafrechtlichen Nebengesetze des Deutschen Reichs. Erläutert von Stenglein, Appelius u. Kleinfeller. 3. Aufl. Berlin 1901/2/3.
OLG: Oberlandesgericht.
Olsh.: Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. 6. Aufl. Berlin 1900 u. 1901.
Oppenh.-Del.: Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl., herausgegeben von Delius. Berlin 1901.
R: Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen.
RAO: Rechtsanwaltsordnung für das Deutsche Reich.
RG: Reichsgericht.
RMG: Reichsmilitärgesetz v. 2./5 1874.
Rotering: Rotering, Polizeiübertretungen u. Polizeiverordnungsrecht. Berlin 1888.
Rubo: Rubo, Kommentar über das Strafgesetzb. für das Deutsche Reich. Berlin 1879.
Rüd.-Stengl.: Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 4. Aufl., herausgegeben von Stenglein. Berlin 1892.
v. Schicker: v. Schicker, Das Polizeistrafrecht und Polizeistrafverfahren im Königreich Württemberg. Stuttgart 1899.
Schütze: Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. Leipzig 1874.
v. Schwarze: v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich. 1. Aufl. Leipzig 1879.
StGB: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, zuweilen mit dem Zusatze R = Reichs.
StG d. Ggw.: Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Herausgegeben von v. Liszt u. Crusen. 1. Band. Berlin 1894. 2. Band das. 1899.
StPO: Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich, zuweilen mit dem Zusatze R = Reichs.
UVG: Unfallversicherungsgesetz.
ZPO: Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich (Fassung v. 20./5 1898).
Ztschr: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Fettgedruckte Ziffern bezeichnen den Band, die übrigen, sofern nichts anderes bemerkt ist, die Seiten. Nur bei den Kommentaren (Olshausen, Oppenhoff, Rubo, Rüdorff-Stenglein, v. Schwarze) bedeuten die Ziffern die Anmerkungen zu der Gesetzesstelle, bei der sich die Verweisung findet.

Digitized by Google

I.

Einführungs-Gesetz zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund.

Vom 31. Mai 1870.

§ 1.

Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund tritt im ganzen Umfange des Bundesgebietes mit dem 1. Januar 1871 in Kraft.

I. Der **Norddeutsche Bund** war gemäß Art. 4 Nr. 13 seiner Verfassung zur Gesetzgebung auf dem Gebiete des Strafrechts zuständig. Auf Grund dieser Bestimmung erließ er das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund v. 31./5 1870, das nebst dem Einführungsgesetz vom gleichen Tage in Nr. 16 des Bundesgesetzblattes, ausgegeben in Berlin am 8./6 1870, veröffentlicht wurde. Im Gebiete des Norddeutschen Bundes trat das Einführungsgesetz am 22./6 1870, das Strafgesetzbuch selbst am 1./1 1871 in Kraft.

II. Die **Umwandlung des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich** vollzog sich in folgender Weise:

1. Auf Grund der November-Verträge vom Jahre 1870 trat das Strafgesetzbuch nebst Einführungsgesetz in Hessen südlich vom Main am 1./1 1871, in Württemberg und Baden am 1./1 1872 in Kraft.
2. Die Einführung in Bayern erfolgte durch Ges. v. 22./4 1871 mit Wirkung v. 1./1 1872.
3. In den Reichslanden gilt zufolge elsaß-lothringischen Ges. v. 30./8 1871 nur das Strafgesetzbuch, und zwar seit dem 1./10 1871. Das Einführungsgesetz gilt in den Reichslanden nicht. Wohl aber haben diese ein besonderes Einführungsgesetz in dem Ges. v. 30./8 1871.
4. Formell wurde das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich erklärt durch Ges. v. 15./5 1871. Die Anlage dieses Gesetzes, das sich ausdrücklich als ein redaktionelles bezeichnet, ändert überall in dem Strafgesetzbuche die Worte „Norddeutscher Bund" in „Reich" oder „Deutsches Reich" um. Dagegen hat das Einführungsgesetz keine Neuredaktion erfahren. Sachlich ist dies unerheblich. (Später wurde eine neue Redaktion des StGB's durch die Einführung der Markwährung erforderlich. Sie erfolgte auf Grund des Ges. v. 26./2 1876, welches aber auch sachliche Änderungen, namentlich auf dem Gebiete der Antragsdelikte, traf.)

III. In **Helgoland** gilt das Strafgesetzbuch nebst Einführungsgesetz seit dem 1./4 1891 auf Grund kaiserlicher Verordnung v. 22./3 1891.

Digitized by Google

IV. Über die Frage, inwiefern das Strafgesetzbuch in den **Konsulargebieten und Kolonieen** gilt, s. StGB § 8. In Neutral-Moresnet gilt es nicht. E **31**, 259.

V. Die Abänderungen und Zusätze, die das Strafgesetzbuch im Laufe der Zeit erfahren hat, sind an den betreffenden Stellen bemerkt.

§ 2.

Mit diesem Tage tritt das Bundes- und Landesstrafrecht, insoweit dasselbe Materien betrifft, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund sind, außer Kraft.

In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landesstrafrechts, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizei-Gesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts und über den Holz- (Forst-) Diebstahl.

Bis zum Erlasse eines Bundesgesetzes über den Konkurs bleiben ferner diejenigen Strafvorschriften in Kraft, welche rücksichtlich des Konkurses in den Landesgesetzen enthalten sind, insoweit dieselben sich auf Handlungen beziehen, über welche das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund nichts bestimmt.

I. **Die Stelle regelt das Verhältnis des StGB's zu dem älteren Strafrecht des Norddeutschen Bundes und zu dem der Einzelstaaten.**

1. Der **Bund** hatte vor dem StGB nur wenige Strafbestimmungen gegeben, die sich namentlich in der Gewerbe-Ordnung v. 21./6 1869, dem Vereins-Zollgesetze v. 1./7 1869 und dem Gesetze betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken usw. v. 11./6 1870 finden. Die Aufhebung einzelner vom Bunde erlassener Strafgesetze beruht auf dem Satze lex posterior derogat legi priori.
2. Das **Landesstrafrecht** war teils kodifiziert, teils nicht. Die bei Beratung der Entwürfe bestehende Absicht, die kodifizierten Strafgesetze aufzuheben, dagegen die besonderen bestehen zu lassen, ist nicht zum Gesetze geworden. Aufhebung oder Fortbestehen des partikulären Strafrechts sind also unabhängig davon, ob es kodifiziert ist oder nicht. Die Aufhebung stützt sich auf den Satz, daß Reichsrecht Landesrecht bricht. RV Art. 2. Soweit sie erfolgt ist, kann sie gemäß demselben Satze nicht durch ein neues Landesgesetz wieder rückgängig gemacht werden. Dagegen sind neue Landesgesetze insoweit zulässig, als sie bei früherem Bestehen nicht unter die vorliegende Stelle fallen würden; denn die Strafgesetzgebung ist nicht ausschließlich Sache des Reichs. Daraus ergiebt sich, daß § 2 aus innern Gründen über seinen Wortlaut hinaus auch auf neue Strafgesetze Anwendung findet. E **2**, 33.

II. Aufgehoben ist das ältere Bundes- und das Landesstrafrecht, insoweit es Materien betrifft, die Gegenstand des StGB's sind.

1. So wenig glücklich der Ausdruck **Materie** ist, und zu so vielen Zweifeln er im einzelnen Veranlassung giebt (vergl. Seuffert in der StG d. Ggw. **1**, 86), so läßt sich doch der zu Grunde liegende Gedanke immerhin fixieren. — Jedem Strafgesetzgeber, der erschöpfend sein will, bietet sich von selbst eine Reihe von Aufgaben dar. Er hat sich auszusprechen über den Inhalt der von ihm angedrohten Strafen, über die Strafbarkeit des Versuchs, über eine große Anzahl von Delikten, die sich naturgemäß wiederum in verschiedenen Gruppen zerlegen lassen usw. Diese Aufgaben oder

Digitized by Google

Gegenstände der Strafgesetzgebung sind es, was das Gesetz unter dem Ausdrucke Materien versteht. Man wird also sagen dürfen: Materien sind durch innere Verwandtschaft zusammenhängende Gegenstände der Strafgesetzgebung. Ähnlich Binding 1, 290: „Einheiten für die kriminalistische, also auch für die strafgesetzgeberische Betrachtung." Abweichend v. Liszt § 20, der unter Materien nur die einzelnen strafbaren oder nicht strafbaren Handlungen versteht. Abweichend auch Olsh. 3, der die Materie als den Inbegriff zusammengehöriger Rechtssätze auffaßt. Materien in dem hier vertretenen Sinne des Wortes sind z. B. Raub, Erpressung, Hoch- und Landesverrat, Diebstahl (s. jedoch Abs. 2), Körperverletzung, Sachbeschädigung, aber auch Konkurrenz und Teilnahme (s. jedoch IV).

2. **Gegenstand des StGB's muß die Materie als solche sein.** Es genügt also für die Aufhebung des älteren Bundes- oder Landesstrafrechts nicht, wenn das StGB aus einer Materie einzelne Fragen herausgreift, sondern es muß sich aus ihm die Tendenz erschöpfender Regelung ergeben. Dies trifft z. B. für die unter 1 genannten Materien zu. Ist jene Tendenz vorhanden, so sind alle Landesstrafgesetze aufgehoben, die sich auf die betr. Materien beziehen, selbst dann, wenn sie neben dem Reichsrechte nur einen zusätzlichen Charakter haben würden. Auch kann die Landesgesetzgebung ein Verhalten, das unter eine reichsrechtlich erschöpfend geregelte Materie fällt, nicht unter einem besonderen Gesichtspunkte normieren, z. B. eine Körperverletzung nicht unter dem Gesichtspunkte der Störung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit. Aufgehoben daher § 52 des badischen Polizeistrafgesetzbuchs v. 31./10 1863. E. 30, 35. Wenn aber umgekehrt das StGB nur einzelne Punkte innerhalb einer Materie regelt, so tritt das Landesrecht nur bei diesen springenden Punkten zurück. Daher sind die meisten partikularrechtlichen Polizeigesetze in fortdauernder Giltigkeit. Denn das einzig Gemeinsame in dem letzten Abschnitte des StGB's ist die Geringfügigkeit der Strafe. Es läßt sich nirgends erkennen, daß die Materie des „äußeren Verhaltens in der Richtung auf Sicherheit von Leib und Leben" erschöpfend hätte geregelt werden sollen. Wohl aber folgt schon aus Art. 2 der RV, daß bspw. landesrechtliche Vorschriften über Tierquälerei durch § 360 Nr. 13 beseitigt sind („springender Punkt"). Vergl. Heinze, Das Verhältnis des Reichsstrafrechts zu dem Landesstrafrecht (1871) 22.

III. **Einzelnes.** — Eine Reihe älterer Streitfragen wurde insbesondere durch die Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen Strafrecht und bürgerlichem Recht hervorgerufen. So stritt man darüber, ob die vorliegende Stelle in Verbindung mit EG §§ 5. 6 die Privatstrafe aufhebe, ob sie in Verbindung mit StGB § 185 die zivile Injurienklage beseitige, ob trotz der in StGB § 231 zugelassenen Buße auf Schmerzensgeld erkannt werden dürfe. Nach Einführung des BGB's kann (abgesehen von Fällen, die vor dem 1./1 1900 liegen) nur noch gefragt werden, welche zivilrechtliche Folgen eine strafbare Handlung hat, und die Antwort darauf ist lediglich aus dem BGB zu entnehmen. Auf die Entscheidung einzelner Streitfragen äußert das BGB allerdings keinen Einfluß.

1. In Kraft geblieben sind die landesrechtlichen Vorschriften über die Strafbarkeit der unerlaubten Selbsthilfe. Ebenso Binding 1, 318, Oppenh.-Del. 20. Die herrschende Lehre giebt zwar zu, daß das StGB die Materie der Selbsthilfe nicht regelt, behauptet aber gleichwohl Aufhebung der gegen sie gerichteten Strafbestimmungen auf Grund der unzutreffenden Annahme, daß die Formen, in denen die Selbsthilfe auftreten kann, sämtlich besondere Delikte des StGB's bilden (§§ 113. 123. 124. 137. 201. 240. 303). Für Beseitigung auch E 7, 63. Selbstverständlich beurteilt sich die Frage nach der Zulässigkeit der Selbsthilfe wesentlich nach dem BGB.
2. Aufgehoben sind dagegen die Vorschriften über die Bestrafung nicht beeidigter Aussagen vor Gericht oder sonstigen Behörden. Denn die falsche Erklärung vor Behörden wird an den verschiedensten Stellen so eingehend behandelt, daß

Digitized by Google

sich die Tendenz erschöpfender Erledigung ergiebt (2. Tl. 9. Abschnitt, ferner §§ 138. 143. 164. 271. 277—279 und anderwärts). So die herrschende Lehre.

3. Mit Recht führt E 10, 220 aus, daß es eine Materie des „strafbaren Eigennutzes" nicht gebe, und daß der 25. Abschnitt des StGB's 2. Tl. unter dieser Bezeichnung völlig heterogene Delikte zusammenfasse. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß sich innerhalb dieses Abschnitts erschöpfend geregelte Materien vorfinden. Dies gilt z. B. für Glücksspiel und Lotterie (§§ 284—286). Dahet sind die landesrechtlichen Vorschriften gegen das Spielen in auswärtigen Lotterien als beseitigt anzusehen. Sehr bestritten. Abweichend E 1, 219, vergl. aber 18, 1. Neuerdings hat man die Aufhebung der erwähnten Bestimmungen, namentlich des preuß. Ges. v. 29./7 1885, aus BGB § 763 abzuleiten versucht. So Endemann DJZ 3, 51, Brückmann Ztschr. 19, 692 ff. A. A. Delius DJZ 4, 594, Cosack 568, Thielemann DJZ 5, 84, Urt. d. Kammergerichts v. 9./4 1900 DJZ 5, 209.

4. Dagegen enthält der 13. Abschnitt des StGB's 2. Tl. eng untereinander zusammenhängende, durch die Überschrift „Verbrechen und Vergehen gegen die Sittlichkeit" gedeckte Delikte. Deshalb muß diese Materie als erschöpfend geregelt gelten und sind die Landesgesetze über Bestrafung des Konkubinats als aufgehoben bezw. ungiltig anzusehen. Z. B. hessisches Polizei-Strafgesetz Art. 211, bayrisches Ges. v. 20./3 1882. Ebenso v. Liszt § 103, Olsh. 2 zum 13. Abschnitte 2. Tl. A. A. Harburger Ztschr. 4, 499 ff., E. 33, 273.

5. Über die studentischen Schlägermensuren s. Vorbemerkungen z. 15. Abschn. d. StGB's 2. Tl.

IV. **Die besonderen Vorschriften des Bundes- und Landesstrafrechts**, welche der zweite Absatz aufrecht erhält, bedeuten, nachdem die Absicht einer Aufhebung der kodifizierten Strafgesetzbücher nicht durchgeführt worden ist, nunmehr einfach diejenigen Vorschriften, welche außerhalb der vom StGB geregelten Materien stehen. Daß sie in Kraft bleiben, ist allerdings nach Abs. 1 selbstverständlich, aber der zweite Absatz erhält seinen legislativen Inhalt dadurch, daß er zur Vermeidung von Zweifeln wichtige Beispiele der außerhalb des Strafgesetzbuchs liegenden Materien giebt. Sofern das Landesrecht auf den bezeichneten Gebieten Vorschriften enthält, derogiert es dem Reichsrechte und drängt dieses in die Stellung eines subsidiären Rechts zurück. Deshalb ist z. B. der Feld- und Forstdiebstahl auf Grund des StGB's § 242 nur da zu bestrafen, wo das Landesrecht keine Bestimmungen über diese Spezialfälle enthält. Verzeichnis der Gesetze über Feld- und Forstdiebstahl bei Lehr, An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? (1894) 40. 56. Das gleiche Verhältnis besteht ferner zwischen der Sachbeschädigung des Reichsrechts einerseits und der Sachbeschädigung der Landesgesetze auf den bezeichneten Gebieten anderseits (Binding 1, 348, Olsh. 10), ferner zwischen dem Betruge des Reichsrechts einerseits und der Defraudation der Landesgesetze auf den bezeichneten Gebieten anderseits. — Wegen der Subsidiarität des Reichsrechts auf den bezeichneten Gebieten sind auch solche landesrechtliche Strafgesetze giltig, die einen Thatbestand des StGB's erweitern, z. B. preuß. Feld- und Forstpolizeiges. v. 1./4 1880 §§ 26. 30. — Bezüglich des Preßpolizeirechts s. jetzt Preßges. § 30.

V. Der dritte Absatz ist durch die **Reichskonkursordnung** bedeutungslos geworden.

VI. Für das ganze Gebiet des Landesstrafrechts tritt die Frage auf: **Ist die Landesgesetzgebung auf ihrem Gebiete völlig frei oder an die Bestimmungen im allgemeinen Teil des RStGB's gebunden?** Sicher ist, daß das EG in den §§ 5—7 gewisse Einschränkungen hinsichtlich der Strafen enthält. Es fragt sich aber, ob und inwieweit abgesehen hiervon die im allgemeinen Teile z. B. über Versuch, Teilnahme, Konkurrenz, Strafmündigkeit usw. gegebenen Bestimmungen für das Landesrecht bindend sind oder nicht. Hierüber Matthiesen, In welchem Umfange sind die Vorschriften im allgemeinen Teil StGB's für die Landesgesetze bindend? (1894).

Digitized by Google

Im wesentlichen sind drei Ansichten aufgestellt worden: 1. das Landesrecht ist an den allgemeinen Teil des StGB's in keiner Beziehung gebunden. So v. Liszt § 20, Olsh. 13, Oppenh.-Del. 2, Seuffert i. d. StG d. Ggw. 1, 87. 88, E 2, 33 (nach dieser Ansicht gilt der allgemeine Teil des RStGB's für das Landesrecht nur subsidiär, d. h. dann, wenn dieses keine eigenen Bestimmungen enthält; vergl. E 26, 13. 30, 31); 2. das Landesrecht ist an den allgemeinen Teil des StGB's in allen Beziehungen gebunden. So Binding 1, 308, Berner 42, der landesrechtliche Bestimmungen nur auf dem Gebiete des Strafvollzuges zuläßt; 3. das Landesrecht ist an den allgemeinen Teil des StGB's in einzelnen Beziehungen gebunden, in andern nicht. So Heinze a. a. O. 83, Merkel 7, Matthiesen, der jedoch eine Bindung nur bezüglich der Strafen (§§ 13–42) annimmt. — Festzuhalten ist gegen v. Liszt § 20 daran, daß auch der allgemeine Teil des StGB's „Materien" enthält und zwar solche, die das StGB erschöpfend regelt. Daher kann der Landesgesetzgebung die Befugnis abweichender Regelung nur auf Grund ganz besonderer Erwägungen eingeräumt werden. In der That wollen nun die Bestimmungen über Teilnahme und Versuch nichts anderes als den Einfluß gewisser Modifikationen des Thatbestandes auf die Strafbarkeit fixieren. Die Vorschriften über Anstiftung und Beihilfe sagen z. B., daß Strafbarkeit auch dann begründet sein kann, wenn jemand den Thatbestand einer strafbaren Handlung nicht in seiner eigenen Person erfüllt hat; die Vorschriften über Versuch, daß Strafbarkeit auch dann gegeben sein kann, wenn jemand den Thatbestand nicht voll und ganz erfüllt hat. Es liegt nun auf der Hand, daß die Landesgesetzgebung auf dem ihr überlassenen Gebiete die Thatbestände der Einzeldelikte so formulieren kann, daß Vollendung und Versuch, Thäterschaft und Teilnahme einander gleich stehen. Daher ergiebt sich der Satz: an die Vorschriften des Reichsstrafgesetzbuchs über Versuch und Teilnahme ist die Landesgesetzgebung nicht gebunden. Die Ausdehnung dieses Satzes auf Begünstigung und Hehlerei ist zweifelhaft, aber wohl zu bejahen. So z. B. preuß. Forstdiebstahlgesetz v. 15./4 1878 § 5 (vergl. Ziegner-Gnüchtel Ztschr. 8, 262). — Die meisten Bestimmungen des allgemeinen Teils aber haben eine andere Aufgabe und einen andern Sinn. Sie wollen die Rechtsstellung des Individuums gegenüber der Strafgewalt des Staates schlechthin festlegen, also Rechte der Unterthanen begründen. Diese kann das Landesrecht auf seinem Gebiete zwar ausdehnen, aber niemals einschränken. Es kann das Alter der Strafmündigkeit zwar hinaufrücken, aber nicht herabsetzen, es kann die Voraussetzungen der Notwehr erleichtern, aber nicht verschärfen, die Verjährungsfristen verkürzen, aber nicht ausdehnen. (Vergl. dagegen E 2, 33. 30, 31.) Ungiltig daher § 10 des preußischen Forstdiebstahlsgesetzes. Der vertretenen Ansicht stehen am nächsten Merkel 7 und Meyer 191. — Übrigens tritt die herrschende Lehre in Widerspruch mit ihrem eigenen Prinzip, insofern wohl keiner ihrer Vertreter geneigt sein wird, das Landesrecht von dem im StGB § 2 ausgesprochenen Satze nulla poena sine lege zu entbinden oder entgegen StGB § 9 eine Auslieferung Deutscher wegen einer nur nach Landesrecht strafbaren Handlung zu gestatten. — Speziell wegen des Territorialprinzips s. StGB § 6.

VII. Die Frage nach der Giltigkeit eines Landesstrafgesetzes hat der Richter nach eigener wissenschaftlicher Überzeugung zu entscheiden. Er wird dabei durch die Gesetzgebung seines Bundesstaates nicht beschränkt. Selbstverständlich aber kann diese solche Landesgesetze aufheben, die vom Reichsrecht unberührt bleiben. Vergl. EG § 8.

§ 3.

Wenn in Landesgesetzen auf strafrechtliche Vorschriften, welche durch das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund außer Kraft gesetzt sind, verwiesen wird, so treten die entsprechenden Vorschriften des letzteren an die Stelle der ersteren.

Digitized by Google

I. Nach EG § 2 sind einzelne Partieen des Landesstrafrechts aufgehoben, andere in Kraft geblieben. Nun kann es sein, daß die letzteren sich auf die ersteren beziehen, sei es ausdrücklich, sei es stillschweigend. Ausdrückliche Bezugnahme findet sehr häufig in der Art statt, daß bei Feld- und Forstdiebstählen die Strafe des gemeinen Diebstahls eintreten soll, wenn der Wert der entwendeten Sache eine gewisse Summe übersteigt. Da aber die landesrechtlichen Strafbestimmungen gegen gemeinen Diebstahl beseitigt sind, so bezieht sich jene Verweisung nunmehr auf die §§ 242 ff. — Stillschweigende Verweisung auf den allgemeinen Teil der partikulären Strafgesetzbücher liegt jedenfalls vor, wenn Spezialbestimmungen nicht gegeben sind. Fehlt es z. B. an besonderen Bestimmungen über die Teilnahme an einem Forstdiebstahle, so fanden früher die Vorschriften des partikulären Strafrechts über Teilnahme, jetzt die entsprechenden des Reichsstrafgesetzbuches Anwendung.

II. Die vorliegende Stelle bezieht sich nicht bloß auf partikuläre Strafgesetze, sondern auf das gesamte Landesrecht.

§ 4.

Bis zum Erlasse der in den Artikeln 61 und 68 der Verfassung des Norddeutschen Bundes vorbehaltenen Bundesgesetze sind die in den §§ 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323 und 324 des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund mit lebenslänglichem Zuchthaus bedrohten Verbrechen mit dem Tode zu bestrafen, wenn sie in einem Teile des Bundesgebietes, welchen der Bundesfeldherr in Kriegszustand (Art. 68 der Verfassung) erklärt hat, oder während eines gegen den Norddeutschen Bund ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze begangen werden.

I. Werden gewisse Delikte auf dem Kriegsschauplatze oder auf einem von dem Kaiser (= Bundesfeldherrn) in den Kriegszustand erklärten Teile des Reichs begangen, so sollen sie strenger bestraft werden, als unter gewöhnlichen Verhältnissen. Das Maß der Strafschärfung soll endgiltig für jenen Fall durch ein Reichsmilitärgesetz (RV Art. 61), für diesen durch ein Gesetz über den Belagerungszustand (RV Art. 68) bestimmt werden. Die vorliegende Stelle trifft lediglich Übergangsbestimmungen. Inzwischen ist der Fall der Begehung von Delikten auf dem Kriegsschauplatze reichsgesetzlich endgiltig geregelt worden, zwar nicht durch das Reichsmilitärgef. v. 2./5 1874, wohl aber durch das MStGB. Daraus folgt, daß EG § 2 nur noch Anwendung findet bei Begehung der im Gesetze bezeichneten Delikte auf einem von dem Kaiser in den Kriegszustand versetzten Theil des Reichsgebiets. Wird dagegen ein Delikt auf dem Kriegsschauplatze begangen, so ist in erster Linie das MStGB maßgebend (vergl. dessen §§ 155 bis 158 und namentlich § 160), und sofern dieses nicht einschlägt, das gemeine Recht. So besonders Olsh. 3, Hecker, Lehrb. d. deutsch. Militärstrafrechts 44, v. Liszt § 25. A. A. die meisten.

II. Das Recht des Kaisers zur Erklärung des Kriegszustandes erstreckt sich nicht auf **Bayern**; denn nach § 5 des Vertrags betr. den Beitritt Bayerns zur Verfassung des Deutschen Bundes v. 23./11 1870 findet RV Art. 68 in Bayern keine Anwendung. Dementsprechend gilt auch die vorliegende Stelle in Bayern nicht. Ges. v. 22./4 1871 § 7. Vergl. dazu bayrisches StGB v. 16./5 1813 Art. 441 ff., bayr. EG z. RStGB v. 26./12 1871 und bayr. Ausführungsges. z. RStPO v. 18./8 1879. — Die Frage, ob — abgesehen von Bayern — außer dem Kaiser auch die Regierungen der Einzelstaaten das Recht haben, den Kriegs- oder Belagerungszustand zu verhängen, ist bestritten. Vergl. hierüber neben den Lehrbüchern des Staatsrechts Arndt, Verfassung des Deutschen Reichs

Digitized by Google

(1895) zu Art. 68. Selbst wenn man die Frage entgegen den herrschenden Lehren bejaht, so muß man doch die Anwendbarkeit der vorliegenden Stellen auf einen von einer Einzelregierung verhängten Kriegszustand verneinen. In einem derartigen Falle würde, soweit es sich um Reichsrecht handelt, einfach das gemeine Strafrecht Anwendung finden.

III. In den meisten hierher gehörigen Fällen hat, sofern sie sich nach gemeinem Recht beurteilen, der Richter die Wahl zwischen lebenslänglichem Zuchthaus und einer andern Strafe. Der Umstand, daß § 4 Anwendung findet, schließt die Zulässigkeit dieser andern Strafe nicht aus. Unzulässig und durch Todesstrafe zu ersetzen ist lediglich die lebenslängliche Zuchthausstrafe. Ebenso v. Liszt § 60, Oppenh.-Del. 7, Seuffert, Anarchismus und Strafrecht (1899) 139. A. A. Olsh. 9, Rüd.-Stengl. 5, welche nur die Todesstrafe für zulässig erachten, es sei denn, daß mildernde Umstände vorliegen.

§ 5.

In landesgesetzlichen Vorschriften über Materien, welche nicht Gegenstand des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund sind, darf nur Gefängnis bis zu zwei Jahren, Haft, Geldstrafe, Einziehung einzelner Gegenstände und die Entziehung öffentlicher Ämter angedroht werden.

§ 6.

Vom 1. Januar 1871 ab darf nur auf die im Strafgesetzbuche für den Norddeutschen Bund enthaltenen Strafarten erkannt werden.

Wenn in Landesgesetzen anstatt der Gefängnis- oder Geldstrafe Forst- oder Gemeindearbeit angedroht oder nachgelassen ist, so behält es hierbei sein Bewenden.

I. Die beiden Stellen setzen es außer Zweifel, daß das Landesstrafrecht auf dem ihm gemäß EG § 2 überlassenen Gebiete keineswegs jede beliebige, sondern nur gewisse Strafen androhen darf. Dagegen steht es der Landesgesetzgebung frei, mit der Strafdrohung die Anordnung polizeilicher Maßregeln oder privater Genugthuung zu verbinden. Mit der herrschenden Lehre ist anzunehmen, daß sich § 5 auf neue, d. h. auf solche Landesstrafgesetze bezieht, die nach dem Giltigkeitstermine des Einführungsgesetzes in Kraft treten, § 6 dagegen gleichmäßig auf ältere und neue, überdies auch auf ältere Bundesgesetze. (Nach Binding 1, 298 und Heinze, Das Verhältnis des Reichsstrafrechts zum Landesstrafrecht 87 ff. bezieht sich § 5 auf alle Landesgesetze. Rüd.-Stengl. 4 zu § 5 halten nicht den Giltigkeitstermin des Einführungsgesetzes, sondern des Strafgesetzbuchs für maßgebend.) Hiernach gestaltet sich der Rechtszustand folgendermaßen:

1. **Alle Landesgesetze sind an die im RStGB aufgenommenen Strafarten gebunden;** die älteren speziell deshalb, weil der Richter nach § 6 nur auf diese erkennen darf. Droht also ein älteres Landesgesetz eine dem Reichsstrafgesetzbuche unbekannte Strafart, z. B. Prügelstrafe oder Vermögenskonfiskation, ausschließlich an, so sinkt es zur lex imperfecta herab. Entscheidend ist indessen nicht der Name, sondern die Sache, d. h.: wenn eine in das Reichsstrafgesetzbuch aufgenommene Strafart in Landesgesetzen nur einen andern Namen führt, sachlich aber mit ihr übereinstimmt, so ist auf sie unter dem Namen zu erkennen, den ihr das Reichsstrafgesetzbuch beilegt. Z. B. anstatt Geldbuße: Geldstrafe. Vergl. auch E 13, 93: „polizeiliche Gefängnisstrafe" — Haft. Nur eine dem Reichsstrafgesetzbuche unbekannte Strafart darf in Landesgesetzen beibehalten werden, nämlich Forst- oder Gemeindearbeit § 6 Abs. 2. (Nach strenger Interpretation bezieht sich diese Stelle nur auf alte, nicht auf neue Strafgesetze. Indessen hat sich die Praxis hierüber hinweggesetzt.)

Digitized by Google

2. **Die neuen Landesstrafgesetze dürfen nur die im § 5 bezeichneten Strafen androhen.** Ausgeschlossen sind also von Hauptstrafen die Todes-, Zuchthaus- und Festungsstrafe, sowie der Verweis (selbstverständlich findet aber § 57 Nr. 4 auch auf Landesgesetze Anwendung).
3. **Die älteren Landesgesetze sind zwar an die reichsrechtlichen Strafarten gebunden, hinsichtlich der Strafhöhe aber frei.** Vergl. dazu EG § 8.

II. Das gesamte Einführungsgesetz bezieht sich wie das Strafgesetzbuch selbst nur auf die eigentliche, die **kriminelle, peinliche Strafe.** Unberührt bleiben somit die Disziplinar-, die Ordnungs-, die Vertragsstrafe, sowie der sogenannte Strafzwang. (Über diese Begriffe sind die Lehrbücher des Straf- und des Verwaltungsrechts zu vergleichen.) So die herrschende Lehre, nur Seuffert, StG d. Ggw. 1, 89 ist bedenklich.

§ 7.

Vom 1. Januar 1871 ab verjähren Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Entrichtung der Branntweinsteuer, der Biersteuer und der Postgefälle in drei Jahren.

Die Vorschrift bezieht sich auf die Strafverfolgungsverjährung, nicht auf die Strafvollstreckungsverjährung. Für letztere gilt nach den Ausführungen zu EG § 2 VI grundsätzlich StGB § 70.

§ 8.

Der Landesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Übergangsbestimmungen zu treffen, um die in Kraft bleibenden Landesstrafgesetze mit den Vorschriften des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund in Übereinstimmung zu bringen.

I. Daß die Landesgesetzgebung das ihr unterstellte Recht in Übereinstimmung mit dem Reichsrecht bringen kann, ist selbstverständlich. Aus diesem Grunde erachtet die herrschende Lehre EG § 8 für inhaltlos. Dies trifft nicht zu. Die Stelle enthält vielmehr eine den Richter bindende Ausnahme von dem Satze, daß Reichsrecht Landesrecht bricht. Die Landesgesetzgebung kann zwar nicht einzelne Gesetze aufrechterhalten, die nach EG § 2 beseitigt sind, sie kann auch nicht das Reichsrecht interpretieren oder gar beschränken, wohl aber kann sie mit einem nach § 2 in Kraft bleibenden, also älteren, Landesgesetze Strafandrohungen verbinden, die das Reichsstrafgesetzbuch nicht kennt. Es wird mithin § 6 modifiziert. Hält sich die Landesgesetzgebung nicht innerhalb der durch § 6 gesteckten Grenzen, so wird der Einzelstaat zwar dem Reiche staatsrechtlich verantwortlich, der Richter aber bleibt an das Landesgesetz gebunden, bis dessen förmliche Aufhebung eingetreten ist. — Am nächsten steht dieser Ansicht Olsh. 1, der aber insofern abweicht, als er nicht eine Modifikation des § 6, sondern des § 5 annimmt.

II. Übergangsbestimmungen sind von allen Staaten mit Ausnahme von Preußen und Waldeck erlassen worden. Übersicht bei Rüd.-Stengl. (2. Aufl.) S. 63 ff. u. Kayser in Holtzend. Handb. 4, 5 ff.

Digitized by Google

Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

Einleitende Bestimmungen.

I. **Begriff der strafbaren Handlung** (des Verbrechens im weiteren Sinne des Worts, des Delikts, der Strafthat). — Das StGB giebt in § 1 zwar eine Einteilung der strafbaren Handlungen, stellt aber nirgends deren Begriff fest. Wissenschaftlich erscheint als strafbare Handlung jedes mit Strafe bedrohte menschliche Verhalten. Hiermit ist lediglich eine Nominaldefinition gegeben, eine andere ist aber de lege lata überhaupt nicht möglich. Alle Versuche, mehr über das Wesen der strafbaren Handlung zu sagen, beruhen auf einer Verwechselung der Motive des Gesetzes mit seinem Inhalt, des positiven Rechts mit dem Naturrecht. Bedenklich erscheint es insbesondere, wenn jetzt meist gelehrt wird, die strafbare Handlung bestehe in der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts. Anstatt anderer s. z. B. Birkmeyer in seiner Encyklopädie 1. Aufl. 1038. Zwar hat die in der Zeit des Naturrechts aufgestellte Forderung, daß der Staat nur solche Handlungen mit Strafe bedrohen solle, welche in menschliche Rechte eingreifen, die Gesetzgebung ganz erheblich beeinflußt (s. Frank, Studien z. Polizeistrafrecht, Gießener Universitätsprogramm [1897] 1 ff.), aber es geht zu weit, wenn man schlechthin in jedem Delikt nach einem verletzten oder gefährdeten Recht oder Rechtsgut sucht. In der That wird es schwer fallen, ein solches bei Zuwiderhandlungen gegen § 175 ausfindig zu machen. Richtig — aber auch selbstverständlich — ist nur soviel, daß der Staat lediglich ein solches menschliches Verhalten unter Strafe stellt, an dessen Unterbleiben er ein Interesse hat oder zu haben glaubt. Dieses kann gegeben sein durch das andere, welches der Staat an der Erhaltung der Rechtsgüter (Rechte) der einzelnen Individuen oder seiner selbst hat, nötig aber ist das nicht. Deshalb wird durch die Formel, das Strafrecht sei ein „System des Rechtsgüterschutzes", dessen Wesen nicht erschöpft. Sachlich übereinstimmend Bekker, Theorie des heutigen Strafrechts (1859) 91, wohl auch Merkel 10 ff., Meyer 28. Über die ganze Frage s. bes. Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens (1894).

II. **Verhältnis des Strafrechts zu andern Rechtsgebieten.** — Aus der bekämpften Anschauung entspringt eine Reihe von Irrtümern, namentlich der, daß das Strafrecht lediglich ein sekundäres Gebilde sei. Die Betonung des Rechtsguts oder des subjektiven Rechts legt nämlich den Gedanken nahe, als schaffe zunächst das außerhalb des Strafrechts stehende objektive Recht ein Gut oder ein subjektives Recht (z. B. Eigentum, Forderungsrechte) und jetzt erst greife das Strafrecht mit seinen Drohungen zum Schutze des so geschaffenen Gutes usw. ein. Dieses Verhältnis kann bestehen, ist aber keineswegs überall vorhanden und fehlt z. B. bei der Körperverletzung, den Tötungsdelikten, der Urkundenfälschung, sowie bei zahlreichen Unzuchtsdelikten.

Den schärfsten Ausdruck hat der angeblich sekundäre Charakter des Strafrechts in der Bindingschen Normentheorie gefunden. Binding geht noch einen erheblichen Schritt weiter als die herrschende Lehre, indem er behauptet, daß auch das Verbot, ein Rechtsgut zu verletzen oder zu gefährden, die „Norm", nicht im Strafrecht, sondern in andern Rechtsgebieten enthalten sei. Das Verbotensein, die Rechtswidrigkeit, die Norm-

Digitized by Google

widrigkeit als ein Begriffsmerkmal des Verbrechens, werde von dem Strafrecht nicht begründet, wohl aber vorausgesetzt. Erst wenn und insofern eine außerhalb des Strafrechts liegende Norm die Handlung verbiete, trete diese in das Gebiet des Strafrechts ein, und die Bedeutung des letzteren erschöpfe sich darin, daß es den Staat berechtige, ein ohnehin verbotenes Verhalten mit Strafe zu belegen. Hiernach wäre methodisch stets zuerst nach einer solchen im bürgerlichen Recht, im Staatsrecht usw. aufgestellten Norm zu suchen, und nur wenn man sie fände, dürfte die Handlung bestraft werden. Diese Lehre hat in der Wissenschaft einen großen, in der Praxis aber wohl nur den Erfolg errungen, daß man es nicht mehr wagt, von der Übertretung eines Strafgesetzes zu sprechen.

Man hat indessen Binding mit Recht entgegengehalten, daß es zahlreiche Handlungen giebt (z. B. Kuppelei, Tierquälerei), bei denen es nicht möglich ist, eine andere Norm zu finden, als die durch Rückschluß aus der Strafbarkeit gewonnene. Dieser Rückschluß aber lautet: weil die Handlung unter Strafe gestellt ist, ist sie verboten. Der Gesetzgeber verbietet sie, indem er sie mit Strafe bedroht. Und ganz allgemein ist die Technik der deutschen Gesetzgebung die, daß sie im Strafrecht nicht eine anderweit begründete Rechtswidrigkeit voraussetzt, sondern selbst eine solche durch die Strafdrohung begründet. Um mehr als eine technische Frage aber handelt es sich überhaupt nicht. Vergl., sachlich übereinstimmend, Merkel 35, Kitzinger GS 55, 1 ff.; s. auch Stooß, Schweizer Ztschr. f. Strafrecht 10, 351 ff.

In Wahrheit gestaltet sich das Verhältnis des Strafrechts zu andern Rechtsgebieten derartig, daß die Verbote des Strafrechts zurücktreten, sofern besondere Umstände vorliegen, die nach dem außerhalb des Strafrechts stehenden Rechte die Handlung als eine erlaubte (oder gar gebotene) erscheinen lassen. In gleicher Weise treten die Gebote des Strafrechts zurück, wenn nach dem außerhalb des Strafrechts stehenden Rechte die Unterlassung erlaubt (oder gar geboten) ist. Man hat also nicht das Erfordernis der Rechtswidrigkeit in den einzelnen Deliktsthatbestand hineinzuinterpretieren als ein Plus, das zu ihm hinzutreten müßte, wohl aber wird der Deliktsthatbestand negiert durch Umstände, welche das normalerweise strafbare und darum rechtswidrige Verhalten ausnahmsweise als gerechtfertigt erscheinen lassen.

Nach Binding würde z. B. § 211 vollständig gefaßt folgenden Wortlaut haben: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet . . . wird wegen Mords mit dem Tode bestraft, sofern das bürgerliche oder das Staatsrecht usw. die Tötung für rechtswidrig erklärt". — Nach der hier vertretenen Auffassung dagegen wäre zu lesen: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet . . . wird wegen Mords mit dem Tode bestraft, es sei denn daß ein besonderer Umstand vorläge, bei dem das bürgerliche oder das Staatsrecht usw. die Tötung für erlaubt oder geboten erklärt." Der Hinweis auf derartige Umstände ist stillschweigend in jedem Deliktsthatbestand enthalten. Man kann sie, weil sie die positiven Thatbestandsmomente und damit den Deliktsbegriff aufheben, als negative Thatbestandsmomente oder negative Thatumstände bezeichnen. Ebenso Löffler in Grünhuts Ztschr. f. privates u. öffentl. Recht 20, 775, Merkel 82. Gegen den Begriff v. Liszt § 26 und besonders Kohlrausch, Die Lehre v. Rechtsirrtum (1902) 59 ff. Näheres über die negativen Thatumstände bei den Vorbem. z. 4. Abschn. d. 1. Tls.

Es giebt allerdings Fälle, in denen das von Binding als Regel behauptete Verhältnis zwischen dem Strafrecht und den andern Rechtsgebieten besteht, insofern ausnahmsweise das Strafrecht die Rechtswidrigkeit nicht begründet, sondern voraussetzt. Hierher sind grundsätzlich die Fälle zu rechnen, in denen das Moment der Rechtswidrigkeit in den Thatbestand des einzelnen Delikts aufgenommen wird, z. B. §§ 123. 303, auch KO §§ 239 Nr. 3. 240 Nr. 3 u. 4. In diesen Fällen ist allerdings erst außerhalb des StGB's nach einem Rechtssatze, einer Norm, zu suchen, woraus sich das Moment der Rechtswidrigkeit ergiebt. So auch Entsch. des Hanseatischen OLG's 112, v. Schwarze 13 zu § 303. Anzunehmen aber ist die Rechtswidrigkeit schon dann, wenn durch die Handlung

Digitized by Google

ein subjektives Recht verletzt oder ein Entschädigungsanspruch begründet wird. Über diese sehr bestrittene Frage s. v. Liszt § 32, Kitzinger, Stooß a. a. O. (Scharf zu scheiden von diesen Fällen sind diejenigen, bei welchen die Rechtswidrigkeit nur als Eigenschaft eines einzelnen Thatbestandsmomentes auftritt, z. B. §§ 242. 253. 263).

§ 1.

Eine mit dem Tode, mit Zuchthaus, oder mit Festungshaft von mehr als fünf Jahren bedrohte Handlung ist ein Verbrechen.

Eine mit Festungshaft bis zu fünf Jahren, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe von mehr als einhundertfunfzig Mark bedrohte Handlung ist ein Vergehen.

Eine mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark bedrohte Handlung ist eine Übertretung.

I. **Gesetzliche Einteilung der strafbaren Handlungen.** — Das StGB übernimmt aus dem französischen Rechte die Dreiteilung oder Trichotomie der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen und Übertretungen. Dem Systeme des besonderen Teils liegt die Dreiteilung nur in einzelnen Beziehungen zu Grunde: die Übertretungen werden zwar im 29. Abschnitte für sich behandelt, Verbrechen und Vergehen aber in buntem Wechsel nebeneinander gestellt. Gleichwohl ist die Unterscheidung keine rein terminologische, sondern auch mit materieller Wirkung ausgestattet. S. bes. §§ 6. 43. 49. 49a. 67. 74. Für das Gebiet des Prozesses gewinnt die Dreiteilung dadurch Bedeutung, daß sie die Grundlage für die Abgrenzung der sachlichen Zuständigkeit bietet.

Die Dreiteilung geht aus von der angedrohten, nicht von der in concreto verwirkten Strafe. Im einzelnen ist zu bemerken:

1. Sind mehrere Strafen angedroht, so ist stets die schwerste maßgebend. Daher ist die Beleidigung aus § 185 nicht Übertretung, sondern Vergehen. Dies gilt auch dann, wenn die mehreren Strafen nicht wahl-, sondern hilfsweise (subsidiär) angedroht sind. Daher enthält GO § 147 (Geldstrafe bis zu 300 Mark und im Unvermögensfalle Haft) ein Vergehen.
2. Fraglich ist es, welche Bedeutung es hat, wenn sich durch das Hinzutreten eines Strafschärfungs- oder umgekehrt eines Strafmilderungsgrundes (vergl. § 2 II) die auf den Normalfall angedrohte Strafe verschiebt.
   a) Zunächst ist es klar, daß höchst individuelle, nur in der Person des Thäters begründete, den Thatbestand des Delikts nicht berührende Umstände ohne Einfluß auf die rechtliche Qualifizierung der Handlung sind. Der Mord bleibt ein Verbrechen, auch wenn er wegen jugendlichen Alters des Thäters nur mit Gefängnis bestraft werden kann (§ 57 Nr. 1). Folgt aus § 57 Nr. 4. An sich würde das Entsprechende bei Rückfälligkeit gelten müssen, doch ergiebt sich aus StPO § 140, daß in diesem Falle die höhere Strafe Einfluß auf die Qualifizierung der Handlung hat. Daher ist der im Rückfalle begangene Diebstahl (§ 244) ein Verbrechen.
   b) Ebenso klar ist, daß, wenn das Hinzutreten eines Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgrundes das Ausscheiden der Handlung aus dem normalen Deliktsbegriffe bewirkt, sie m. a. W. zu einem delictum sui generis macht, ihre rechtliche Qualifizierung nur nach der gerade auf sie angedrohten Strafe zu beurteilen ist. Daher ist z. B. der Mundraub des § 370 Nr. 5 nicht wie der Diebstahl ein Vergehen, sondern eine Übertretung.
   c) Aber auch dann, wenn Strafschärfungs- oder Strafmilderungsgründe das Ausscheiden der Handlung aus dem normalen Deliktsbegriffe nicht bewirken, muß

Digitized by Google

man ihnen doch Einfluß auf die rechtliche Qualifizierung der Handlung einräumen. Denn es ist nicht ersichtlich, daß das Gesetz in § 1 unter „Handlung" nur den normalen Deliktsfall verstände. Daher sind die im § 243 aufgezählten Diebstahlsfälle Verbrechen und nicht Vergehen, und umgekehrt ist die Herbeiführung einer Überschwemmung im Falle des § 313 Abs. 2 Vergehen und nicht Verbrechen. Eine Ausnahme muß indessen Platz greifen, wenn die Strafmilderungsgründe mildernde Umstände sind. Denn diese bedeuten nichts als eine „Erweiterung des Strafrahmens nach unten hin". Deshalb bleibt der Raub (§ 249) auch dann ein Verbrechen, wenn wegen mildernder Umstände nur Gefängnisstrafe zulässig ist.

3. Die Geldstrafe ist häufig als Vielfaches eines von Fall zu Fall schwankenden Einheitssatzes bestimmt. Z. B. bedroht das Vereinszollgesetz im § 135 die Hinterziehung der Ein- oder Ausgangsabgaben mit einer dem vierfachen Betrage der vorenthaltenen Abgaben gleichkommenden Geldstrafe. Die herrschende Lehre (E 5, 23, R 10, 710) nimmt an, daß hier Vergehen oder Übertretung vorliege, je nachdem sich im Einzelfalle eine Geldstrafe von über 150 Mark ergebe oder nicht. In der That aber bedeutet die Fixierung der Geldstrafe nichts als eine Beschränkung des richterlichen Ermessens hinsichtlich der verwirkten Strafe, angedroht aber ist immer der denkbar höchste Maximalbetrag. Daher sind derartige Handlungen stets als Vergehen anzusehen (deshalb Beihilfe strafbar). Im Ergebnis übereinstimmend Binding 1, 516.
4. Der Versuch einer strafbaren Handlung, die Anstiftung und die Beihilfe dazu müssen schon aus prozessualen Gründen selbst als Verbrechen, Vergehen oder Übertretung qualifiziert werden. Da sie sich von der vollendeten bezw. von der Haupthandlung objektiv unterscheiden, so muß das für sie selbst zulässige Strafmaximum als maßgebend erachtet werden. Es kann also der Versuch eines Verbrechens unter Umständen nur ein Vergehen, der eines Vergehens nur eine Übertretung darstellen. Olsh. 8, Oppenh.-Del. 7. Abweichend die herrschende Lehre. Für das StGB selbst ist die Streitfrage ohne Bedeutung, wohl aber für die unter 3 hervorgehobenen Fälle; außerdem z. B. dann, wenn das Hauptdelikt mit Zuchthausstrafe von einem Jahre bedroht ist (vollendete Handlung: Verbrechen; versuchte: Vergehen).

II. **Wissenschaftliche Einteilung der strafbaren Handlungen und Begriff der Handlung.** — Neben der gesetzlichen Einteilung der Delikte steht eine Reihe wissenschaftlicher, von denen hier folgende zu nennen sind:

1. Man unterscheidet zwischen **Begehungs- oder Kommissivdelikten** und **Unterlassungs- oder Omissivdelikten.** Bei den ersteren thut der Thäter, was er nicht thun sollte, er übertritt eine Verbotsnorm, bei der zweiten thut er nicht, was er thun sollte, er übertritt eine Gebotsnorm (z. B. §§ 139. 361 Nr. 4). Über die Frage, ob auch eine Verbotsnorm durch Unterlassung übertreten werden kann, ob es m. a. W. neben dem echten auch ein unechtes Unterlassungsdelikt giebt, s. u. V.

   Da die vorliegende Stelle eine erschöpfende Einteilung aller Delikte geben will, so versteht es sich von selbst, daß der Ausdruck strafbare Handlung nicht ausschließlich im Sinne eines positiven Thuns gemeint ist, sondern die Unterlassung mit umfaßt. Genau genommen wäre der oberste Begriff der des menschlichen Verhaltens. Vergl. bes. Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht (1902) 113. Die Gesetzessprache wird aber durch den Satz bestimmt a potiori fit nominatio. — Nicht jedes positive Thun, nicht jede Körperbewegung fällt unter den Begriff der Handlung. Zu diesem gehört vielmehr ein gewolltes Thun, d. h. ein solches, das psychisch bedingt, motiviert, durch einen bewußten psycho-physischen Akt ausgelöst ist. Es scheiden mithin solche Körperbewegungen aus, die durch einen unmittelbar auf die Muskeln wirkenden Reiz ausgelöst werden, mag dieser von außen kommen (z. B. es führt jemand meine Hand gewaltsam an den Abzug einer Pistole) oder ein von innen kommender, aber nicht das Bewußtsein passierender sein (Reflexbewegungen, wie Krämpfe oder Niesen). Überwiegende Gründe sprechen dafür, daß der Handlungs-

Digitized by Google

begriff auch dann entfällt, wenn die Thätigkeit durch eine solche Drohung veranlaßt wurde, die den Erfordernissen des § 52 entspricht. Vergl. E **31**, 395, § 48.

Das, was von dem positiven Thun gesagt ist, muß in gleicher Weise für die Unterlassung gelten. Auch eine solche fällt nur dann unter das Gesetz, wenn sie gewollt, d. h. motiviert ist. Niemals aber darf man sich durch die Unterordnung der Unterlassung unter den Handlungsbegriff dazu verleiten lassen, in ihr ein positives Thun nachweisen zu wollen. Gegen derartige Versuche Kitzinger a. a. O. 113 ff. Über den Handlungsbegriff im allgemeinen s. Binding **1**, 565, Bekker, Theorie des Strafrechts (1859) **1**, 244 ff., Bünger Ztschr. **6**, 291 ff., Lammasch Ztschr. f. privates und öffentliches Recht **9**, 90 ff., M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung im Strafrecht (1901). Über die mittelbare Thäterschaft s. Vorbem. z. 3. Abschn. III und über die actiones liberae in causa § 51.

2. Man unterscheidet weiter zwischen **Erfolgs- oder Materialdelikten und schlichten Thätigkeits- oder Formaldelikten**, je nachdem, ob zum Thatbestande des Delikts ein außerhalb des menschlichen Verhaltens liegender Erfolg gehört oder nicht. Zu den letzteren gehört z. B. § 361 Nr. 2. Vgl. Loening 12, Kitzinger a. a. O. 71 ff. Gegen den Begriff der schlichten Thätigkeitsdelikte mit Unrecht v. Liszt § 28. Die Frage, ob bei den Erfolgsdelikten der rechtlich erhebliche Erfolg mit zum Handlungsbegriffe gehört, ist im wesentlichen eine terminologische. Vergl. darüber die oben 1 a. E. zitierte Litteratur und Kitzinger a. a. O. 169. 208. Jedenfalls aber ist für die wissenschaftliche Betrachtung der Erfolgsdelikte die Scheidung vom körperlichen Verhalten und Erfolg gar nicht zu vermeiden. Rechtlich erheblich ist bei der Mehrzahl der Delikte nur *ein* Erfolg (die Tötung beim Mord, die Verletzung einer fremden Sache bei der Sachbeschädigung). Indessen giebt es auch Delikte, bei denen mehrere Erfolge von Bedeutung sind (sog. *durch den Erfolg qualifizierte Delikte*), z. B. die Körperverletzung mit tödlichem Erfolg § 226.

3. Innerhalb der Erfolgsdelikte ist wiederum zu unterscheiden zwischen **Verletzungs- und Gefährdungsdelikten.**

Regelmäßig fordert der Thatbestand des vollendeten Delikts den Eintritt eines bestimmten Erfolges, durch den ein körperliches Objekt oder auch nur ein Rechtsgut, ein subjektives Recht verletzt wird; daher *Verletzungsdelikte*. Dagegen ist eine solche Verletzung zum Thatbestande anderer Delikte nicht erforderlich; der Grund ihrer Pönalisierung liegt in der für ein Rechtsgut bewirkten Gefahr, daher *Gefährdungsdelikte*.

Man spricht von *Gefahr*, wenn man sich denkt, daß eine Verletzung möglicher- oder wahrscheinlicherweise eintreten werde. Der Begriff setzt also eine Kausalreihe voraus, die sich in der Richtung eines Objekts bewegt (fahrender Eisenbahnzug gegen einen auf den Schienen stehenden Wagen) oder doch leicht bewegen kann (zum Sprung geduckter Löwe, umherrasendes Pferd). *Wann* man die Verletzung als möglich oder wahrscheinlich bezeichnet, läßt sich nicht mit Allgemeingiltigkeit bestimmen, weil dies subjektiv durch die Reife der Erfahrung, ja, selbst durch den Grad der Nervosität bedingt ist. Soll dem Gefahrbegriff das Schwankende thunlichst genommen werden, so ist zweierlei zu fordern: einmal, daß die Verletzung nicht von einem beliebigen, sondern nur von einem *mit den Verhältnissen vertrauten Urteil* als möglich oder wahrscheinlich aufgefaßt werde — sodann, daß der Zustand, auf Grund dessen das Gefährdungsurteil gefällt wird, ein *abnormer* sei. Hierin liegt, daß die normale Gefährdung, wie sie bspw. der Betrieb gewisser Fabriken oder einer Eisenbahn mit sich bringt, niemals eine Gefahr im Sinne des Strafrechts sein kann. Danach wird man definieren dürfen:

> Gefahr ist ein abnormer Zustand, bei dem eine Kausalreihe sich entweder bereits in der Richtung gegen ein Objekt bewegt, oder doch leicht in Bewegung setzen kann, so daß für ein mit den Verhältnissen vertrautes Urteil die Möglichkeit einer Verletzung des Objekts nahe, d. h. ihre Abwendung außerhalb sicherer Berechnung liegt.

Digitized by Google

Ähnlich die meisten, doch pflegen die hervorgehobene Abnormität des Zustandes und die Sachkunde des Urteils nicht genügend betont zu werden. Vergl. J. v. Kries, Über den Begriff der objektiven Möglichkeit (1888), derſ. Ztſchr. 9, 528, v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht (1888), Binding, Normen 1, 120. 377 ff., Rotering, Fahrläſſigkeit und Unfallsgefahr (1892), derſ. i. d. juriſt. Vierteljahrsſchr. 30. Bd. 3. Heft, Loock, Der ſtrafrechtliche Schutz der Eiſenbahnen (1893) 161 ff. E. 6, 396. 10, 173. 14, 135. 30, 178. Gegen die Anſicht, welche die Gefahr als etwas rein Subjektives auffaßt (v. Buri GS 40, 503 ff. 44, 321 ff., Finger, Der Begriff der Gefahr [1889]) beſonders Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens (1894) 207. 208 und Buſch, Gefahr und Gefährdungsvorſatz (1897).

Innerhalb der Gefährdungsdelikte unterſcheidet man wieder zwiſchen konkreten oder ſpeziellen und abſtrakten oder generellen (ſo zuerſt Rohland). Bei beiden gehört die Gefährdung zum Thatbeſtande, der Unterſchied liegt aber darin, daß der Richter bei den konkreten das Vorhandenſein der Gefahr von Fall zu Fall zu prüfen hat (z. B. §§ 312. 315. 316. 321), während ihm bei den generellen (z. B. 322. 324) dieſe Prüfung unterſagt iſt. Über das Verhältnis beider zu den Polizeiübertretungen ſ. Vorbem. z. 29. Abſchn. des 2. Tls. — Über den Begriff der Gemeingefahr ſ. d. Vorbem. z. 27. Abſchn. des 2. Tls.

III. **Die Kauſalität des poſitiven Thuns.** — Für die Erfolgsdelikte tritt die Frage auf, wann ein beſtimmtes Ereignis gerade als Erfolg der körperlichen Thätigkeit angeſehen werden kann, wann m. a. W. zwiſchen beiden im Sinne des StGB's Kauſalzuſammenhang beſteht. Vorweg iſt zu bemerken, daß dieſe Frage mit der nach der Verſchuldung nichts zu thun hat. Bezeichnen wir jemanden als Urſache eines beſtimmten Ereigniſſes (imputatio facti, thatſächliche Zurechnung), ſo ſagen wir damit noch nicht, daß er für dasſelbe auch rechtlich haftbar ſei (imputatio iuris, rechtliche Zurechnung). So nach dem Vorgange v. Buri's (Kauſalität 1873 und anderwärts) die herrſchende Lehre. Abweichend u. a. Merkel 71, Liepmann 52 ff. Erſt wenn die Frage nach dem Kauſalzuſammenhange bejaht iſt, taucht die nach der Verſchuldung auf.

In jeder Behauptung des Kauſalzuſammenhangs liegt ein Urteil. Wir urteilen, daß, wenn a nicht wäre, auch b nicht wäre oder nicht geweſen wäre. Dieſes Kauſalitätsurteil fällen wir zunächſt auf Grund der Vorſtellung, daß etwas die Veränderung eines Zuſtandes herbeigeführt hat. Dabei denken wir uns auf ſtrafrechtlichem Gebiete das Etwas als ein poſitives Thun.

Es iſt klar, daß ein ſolches die Veränderung eines Zuſtandes niemals für ſich allein herbeiführt, vielmehr der zu verändernde Zuſtand ſelbſt in irgend welcher Weiſe mitwirken muß. Ebenſo iſt klar, daß auch das poſitive Thun ſelbſt wieder unter dem Kauſalitätsurteil ſteht, inſofern wir urteilen, daß, wenn ein gewiſſes anderes Etwas nicht geweſen wäre, auch das Thun nicht wäre. Hieran ſchließt ſich das Urteil, daß, wenn jenes Etwas nicht wäre, auch die Veränderung nicht wäre (causa causae est causa causati). So gelangt man ſchließlich zu einem regressus ad infinitum. Alle Zuſtände und Ereigniſſe, die wir nicht hinwegdenken können, ohne daß gleichzeitig die Veränderung ſelbſt entfiele, nennen wir Bedingungen der Veränderung oder des Erfolgs. Es fragt ſich nun, ob unter dieſen zahlloſen Bedingungen der einen oder der andern eine ſo vorwiegende Bedeutung zukommt, daß wir ſie als Bedingung κατ' ἐξοχήν oder als Urſache bezeichnen. Läßt ſich in dieſer Richtung ein beſtimmter Sprachgebrauch oder eine logiſche Differenz nachweiſen, ſo iſt nicht jeder Thäter, der (ſchuldhaft) eine beliebige Bedingung, ſondern nur, wer eine Urſache geſetzt hat.

Der Verſuche, aus dem Komplexe der Bedingungen die eine oder die andere als die „Urſache" hervorzuheben, ſind viele gemacht worden. Nicht mehr vertreten wird die Anſicht, daß Urſache diejenige Bedingung ſei, die den Erfolg notwendigerweiſe herbeiführen muß; ebenſowenig die Auffaſſung, welche die letzte Bedingung als Urſache bezeichnet. Wohl aber nimmt Birkmeyer, Urſachenbegriff und Kauſalzuſammenhang (1885 auch GS 37, 257 ff.), an, Urſache ſei die wirkſamſte Bedingung. Einerſeits aber

Digitized by Google

läßt sich eine Abmessung ohne Willkürlichkeiten nicht vornehmen und anderseits ist z. B. nicht verständlich, weshalb, wenn mein Fuß nächtlicherweile eine mir frivol in den Weg gestellte Vase zerbricht, nur ich die Zertrümmerung verursacht haben soll. Gegen Birkmeyer besonders Merkel 103 ff. und Thyrén, Abhandlungen a. d. Strafrechte (Lund 1894) 1, 91 ff. Sachlich Birkmeyer nahekommend, nimmt Binding (Normen 1. Bd. 2. Aufl. 116) an, Ursache sei diejenige Bedingung, durch welche die dem Erfolge günstigen Umstände das Übergewicht über die ihm widerstrebenden erlangen („Gleichgewichtstheorie"). Zu einer Vermengung der Kausalität mit der Verschuldung führen die folgenden Ansichten. v. Bar (Lehre vom Kausalzusammenhang [1871] 11): Ursache ist die regelwidrige Bedingung; J. v. Kries (Über den Begriff der objektiven Möglichkeit, SA. a. d. Vierteljahrsschrift f. wissenschaftliche Philosophie 12, 179 ff. 287 ff. 393 ff.): Verursachung im Sinne des Strafrechts liegt vor, wenn die Bedingung *generell* geeignet ist, den Erfolg herbeizuführen („adäquate Verursachung"); an v. Kries haben sich angeschlossen Liepmann 47 ff. und M. Rümelin, Die Verwendung der Kausalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, SA. a. d. Arch. für die zivilistische Praxis 90, 171 ff.; nach ihm ist eine menschliche Handlung dann als Ursache eines Ereignisses anzusehen, wenn eine „nachträgliche objektive Prognose" ergiebt, daß bei der Handlung der Eintritt des Erfolges für irgend jemanden vorauszusehen war (dagegen Radbruch, Die Lehre v. d. adäquaten Verursachung [1902]); endlich M. E. Mayer (Der Kausalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg [1899]): Ursache ist die bewegende Kraft und diejenige ruhende Bedingung, die mit ihr eine kausale oder eine teleologische „Generation" bildet. Auf der Unterscheidung zwischen Kraft und ruhender Bedingung beruht auch die Schrift von R. Horn, Der Kausalitätsbegriff (1893).

Die herrschende Lehre, die teils auf v. Buri (Kausalität [1873]), teils auf J. Mill (System der deduktiven und induktiven Logik) zurückgeht, verzichtet auf eine Unterscheidung innerhalb der Bedingungen und erklärt jede Bedingung für eine Ursache. Nach ihr ist somit *Ursache jeder Zustand und jedes Ereignis, der oder das nicht hinweg gedacht werden kann, ohne daß gleichzeitig der Erfolg entfiele.* So besonders das RG, v. Liszt § 29, Hälschner 1, 227, Meyer 188, Beling 20, v. Lilienthal 28, v. Brünneck, Die herrschende Kausalitätstheorie (1897) und jetzt auch Olsh. S. 162.

Die herrschende Lehre erscheint als die logisch richtige. Sie befindet sich auch insofern in Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauche, als dieser je nach dem Interesse des Fragestellers bald diese, bald jene Bedingung als Ursache bezeichnet. Danach muß diese Ansicht der Auslegung des Gesetzes insoweit zu Grunde gelegt werden, als nicht besondere Erwägungen Platz greifen, oder ein abweichender Sprachgebrauch des Gesetzes zu konstatieren ist (s. u. V).

Somit gilt als Grundsatz: *Hat eine menschliche Handlung zu dem Eintritte eines bestimmten Ereignisses auch nur das Geringste beigetragen, so ist sie als seine Ursache anzusehen.*

Namentlich wird der Kausalzusammenhang dadurch nicht beseitigt, daß außer der durch die Handlung in Bewegung gesetzten Kausalreihe andere Momente mitwirksam werden. Daher liegt vollendete Tötung oder Körperverletzung mit tödlichem Erfolge auch dann vor, wenn die zugefügte Verwundung nur wegen schwächlicher Leibesbeschaffenheit des Verwundeten einen tödlichen Ausgang genommen hat. E 5, 29. Ebenso, wenn etwa der im Lazarett hinzutretende Spitalbrand mitwirksam war. Oder: A stellt ein Giftfläschchen unvorsichtig auf, B leert es ebenso unvorsichtig und stirbt. E 1, 373. Oder: A bringt einen Revolver zum Büchsenmacher, ohne diesem zu sagen, daß er geladen ist. Der Büchsenmacher hantiert unvorsichtig mit dem Revolver und tötet den X. In diesem letzteren Falle sind nach der herrschenden Lehre sowohl A als B der fahrlässigen Tötung schuldig.

IV. **Ausnahmen von dem über den Kausalzusammenhang aufgestellten Grundsatze.** — An die rein logische Auffassung des Kausalitätsbegriffs ist weder der Gesetzgeber noch der Gesetzesinterpret absolut gebunden. Denn es ist sehr wohl möglich, daß die Rechtsfolgen,

Digitized by Google

welche sich an die Herbeiführung eines Erfolges knüpfen, nicht für das Setzen einer jeden Bedingung passen. Schon die Sprache hebt zuweilen einzelne Bedingungen deutlich erkennbar hervor und scheidet andere aus. Eine Übertreibung ist es, wenn z. B. v. Lilienthal 28 und v. Liszt § 29 behaupten, alle Bedingungen seien gleichwertig. Wäre das richtig, so wäre Bälgetreten ebensogut wie Orgelspielen, und die Eltern trügen zur Existenz ihres Kindes nicht mehr bei, als etwa der Standesbeamte, der sie getraut hat. Zu der Möglichkeit einer sprachlichen Ausscheidung einzelner Bedingungen gesellt sich die teleologische. Wenn es nämlich Aufgabe der Gesetzesauslegung ist, den vernünftigen Sinn des Gesetzes zu ermitteln, so ist es auch ihre Aufgabe, dessen Anwendung durch möglichst bestimmte Regeln da auszuschließen, wo die strenge Logik zu unvernünftigen Ergebnissen führen würde.

1. Sprachliche Ausscheidung von Bedingungen. — Aus § 48 ergiebt sich, daß nach dem Sprachgebrauch des Gesetzes eine solche Bedingung, die nur durch Vermittelung eines freien und bewußten Willens den Erfolg herbeiführt, lediglich Bedingung und nicht Ursache ist. Stößt B auf Anstiftung des A dem X das Messer in die Brust, so hat nur B, nicht aber A den Tod „verursacht", oder den X „getötet". Kurz, wenn auch nicht gerade gut (vergl. M. E. Mayer a. a. O. 93 ff.), pflegt man zu sagen: durch vorsätzliches Eintreten in die Kausalität wird der Kausalzusammenhang unterbrochen. Genauer: Verursachung im Sinne des StGB's liegt nur dann vor, wenn die Kausalität eine physische, nicht, wenn sie eine psychisch vermittelte ist. Vergl. dazu Vorbem. z. 3 Abschn. des I. Teiles. Wenn sich daher die genotzüchtigte Frauensperson aus Verzweiflung über die Schande das Leben nimmt, so ist kein Anwendungsfall des § 178 gegeben. In dem oben III a. E. angeführten Falle würde A nicht haften, wenn der Büchsenmacher den X vorsätzlich erschießt. (In der ersten Aufl. wurde die psychisch vermittelte Kausalität einfach „psychische" genannt, was wohl im Ausdrucke nicht glücklich war. Merkwürdigerweise vertrat gleichzeitig dieselbe Auffassung, selbst terminologisch übereinstimmend, A. Horn GS 54, 321 ff.)
2. Teleologische Ausscheidung von Bedingungen. — Bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten (vergl. oben III 1) ist im Rechtssinn der schwerere Erfolg nur dann durch die körperliche Thätigkeit verursacht, wenn die Entwicklung der Kausalität dem Wesen des Grunddelikts entspricht („adäquate Verursachung"). Dieser sachlich allgemein anerkannte Satz (a. A. jedoch v. Liszt § 29) findet seine Begründung in der Erwägung, daß das hier noch geltende Prinzip der Erfolgshaftung (§ 59 VIII) sonst zu unvernünftigen Ergebnissen führen würde. So liegt z. B. Körperverletzung mit tödlichem Erfolge nur dann vor, wenn der durch die Körperverletzung angeregte pathologische Prozeß den Tod herbeiführt, also nicht, wenn der Verletzte auf der Reise zum Arzte verunglückt, wohl auch nicht, wenn er am Lazarettyphus stirbt. Dagegen ist m. E. der Kausalzusammenhang zu bejahen, wenn der Verletzte, weil ein Organ durch die Verwundung geschwächt ist, einer dieses ergreifenden Infektionskrankheit erliegt. Anderseits ist der qualifizierte Fall des § 323 nur dann gegeben, wenn der Tod eines Menschen durch Ertrinken oder das Zertrümmern des Schiffes, etwa auch durch Verhungern herbeigeführt worden ist; nicht aber dann, wenn bei der Nachricht vom Stranden die Frau des Kapitäns vor Schreck stirbt. S. namentlich Bennecke Ztschr. 5, 731.

In andern Fällen liegt zwar keine Ausnahme von dem unter IV aufgestellten Satze vor, die Nichthaftung für den Erfolg ergiebt sich aber aus dem Wesen der Verschuldung. S. darüber § 59 VII.

V. **Die Kausalität der Unterlassung.** — Bei jedem Erfolgsdelikte entsteht die Frage, ob es nur durch positives Thun oder auch durch Unterlassung begangen, ob m. a. W. eine Verbotsnorm durch Unterlassung übertreten werden kann. Sog. **unechtes Unterlassungsdelikt** oder delictum commissivum per omissionem. Z. B. die Mutter unterläßt die

Digitized by Google

Ernährung des Kindes; das Kind stirbt. Für den Tod des Kindes kann die Mutter nur dann verantwortlich gemacht werden, wenn nachgewiesen ist, daß zwischen diesem und ihrem Verhalten Kausalzusammenhang besteht. Wer nun der Ansicht ist, daß Kausalität nichts anderes bedeute als ein Bewirken, steht vor der Wahl, entweder in der Unterlassung eine wirkende Kraft, einen positiven Faktor in dem Kausalismus der Natur nachzuweisen — oder aber den Begriff des unechten Unterlassungsdelikts zu leugnen. Alle Versuche in der ersten Richtung sind endgiltig als gescheitert anzusehen. In Erkenntnis dieser Thatsache hat man geglaubt, sich aus dem Dilemma dadurch retten zu können, daß man unter Verneinung der Kausalität der Unterlassung die Haftbarkeit für das schädigende Ereignis aus ihrer bloßen Rechtswidrigkeit ableitet. So z. B. v. Liszt § 30 und die 1. Aufl. dieses Kommentars. Dem ist aber entgegenzuhalten, daß man im Strafrecht jemanden für ein Ereignis nur dann verantwortlich machen kann, wenn es als Erfolg seines Verhaltens erscheint, also Kausalität vorhanden ist. Ähnlich v. Buri GS 56, 447. In Wahrheit ist aber eine Kausalität vorhanden, sofern man nur darunter etwas anderes versteht, als ein Bewirken im Mechanismus der Natur. Wie der Sprachgebrauch beweist, ist die Behauptung der Kausalität nicht nur die Behauptung einer in der Natur wirkenden Kraft, sondern der Ausdruck des oben unter III bezeichneten Kausalitätsurteils, des Urteils also, daß es unter andern Umständen anders geworden wäre. Oder: als kausal bezeichnen wir etwas, bei dessen Anderssein der Erfolg nicht wäre. In diesem Sinne, im Sinne des Sprachgebrauchs und also auch in dem des Gesetzes ist die Unterlassung kausal. Im wesentlichen übereinstimmend Landsberg, Die Kommissivdelikte durch Unterlassung (1890), Liepmann 47 ff., Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht (1902) 129 ff., P. Merkel, Begehung durch Unterlassung (1895). Aus der sonstigen Litteratur sind hervorzuheben: Aldosser, Inwiefern kann man durch Unterlassung usw. (1882), v. Rohland, Die strafbare Unterlassung (1887), Loening, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs (1888) 259, Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation (1893).

Bei Unterlassungen wird aber das Kausalitätsurteil nur dann gefällt, wenn wir annehmen, daß der Unterlassende die Möglichkeit gehabt hätte, den Erfolg abzuwenden. Deshalb ist eine Schuldigsprechung wegen eines unechten Unterlassungsdeliktes nur dann zulässig, wenn der Richter nach Lage der Dinge die bestimmte Überzeugung von dieser Möglichkeit hat. Ist der Unterlassende durch einen dritten zwangsweise vom Handeln abgehalten worden, so knüpfen wir das Kausalitätsurteil an das Verhalten des letzteren. Denn Nötigung zum Handeln und Nötigung zu Nichthandeln stehen einander gleich. Der dritte setzt in diesem Falle eine negative Bedingung. Vergl. darüber Guthmann, Die negativen Bedingungen (1898).

Aber die Überzeugung von der thatsächlichen Möglichkeit der Verhinderung genügt noch nicht, um den Unterlassenden für den Erfolg haftbar zu machen. Ebenso wie der positiv Thätige nur dann haftet, wenn er nicht berechtigt war, den Erfolg herbeizuführen, haftet der Unterlassende nur dann, wenn er verpflichtet war, den Erfolg abzuwenden. Diese Verpflichtung muß aber eine rechtliche sein, eine bloß moralische genügt nicht; m. a. W.: nur die rechtswidrige Unterlassung begründet eine strafrechtliche Verantwortung. Daher ist grundsätzlich die unterlassene Lebensrettung nicht strafbar.

Rechtswidrig aber ist die Unterlassung in folgenden Fällen:

1. wenn eine gesetzliche Pflicht zum Handeln besteht; hierher gehört namentlich die Alimentationsverbindlichkeit. Vergl. BGB § 1601;
2. wenn die Verpflichtung zum Handeln übernommen ist. Z. B. ich verspreche jemanden, ihm in einer gewissen Gefahr zu helfen, lasse ihn aber dann im Stich. E 10, 100. Die Übernahme braucht nicht immer ausdrücklich zu erfolgen, vielmehr genügt auch ein schlüssiges Verhalten, z. B. die Übernahme einer ärztlichen Behandlung. Meist (z. B. v. Liszt § 30, E 24, 339) wird behauptet, daß auch die unvorsätzliche Herbeiführung einer Gefahr die Verpflichtung begründe, den rechtswidrigen Folgen soweit als möglich entgegenzutreten. Von diesem Gesichtspunkte aus, den bes.

Digitized by Google

Landsberg a. a. O. 257 und Sturm, Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung (1895) bekämpfen, nimmt die zitierte Entscheidung, daß, wer aus Versehen jemanden einsperrt und ihn, nachdem er das Versehen bemerkt hat, nicht in Freiheit setzt, sich der vorsätzlichen Freiheitsberaubung schuldig mache.

Bedenklich ist die vielfach vertretene Ansicht, daß der gesetzlichen Pflicht zum Handeln die auf rechtsgiltiger Verordnung, Dienstinstruktion u. dgl. beruhende gleichstehe. Allerdings ist der Weichensteller, der die Weiche nicht stellt, für den Zusammenstoß, der Krankenwärter, der dem Kranken das Essen nicht giebt, für den Tod verantwortlich. In beiden Fällen aber handelt es sich um übernommene Verpflichtungen. Das Bedenkliche der erwähnten Ansicht zeigt § 360 Nr. 10.

§ 2.

Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.

Bei Verschiedenheit der Gesetze von der Zeit der begangenen Handlung bis zu deren Aburteilung ist das mildeste Gesetz anzuwenden.

I. Diese Stelle, die zu den wichtigsten und prinzipiellsten des Gesetzbuches zählt, enthält zunächst die Vorschrift, daß eine Strafe nur auf Grund eines Gesetzes verhängt werden darf. **Nulla poena sine lege poenali.** Dabei ist als Gesetz jede geschriebene Rechtsnorm zu verstehen, sodaß auch die Strafverordnung unter diesen Begriff fällt. Vergl. Seuffert, StG d. Ggw. **1**, 33 ff. und über landesrechtliche Polizeiverordnungen insbesondere Rosin, Das Polizei-Verordnungsrecht in Preußen (1895), Seuffert, StG d. Ggw. **1**, 94 ff., Biermann, Privatrecht und Polizei in Preußen (1897). Einzelnes:

1. **Nur auf Gesetz, nicht auf Gewohnheit darf ein Strafanspruch des Staates gegründet werden.** Das Gewohnheitsrecht kann aber indirekt das Strafrecht dadurch beeinflussen, daß es auf andere Rechtsgebiete einwirkt. So kann z. B. zufolge eines zivilen Gewohnheitsrechts eine Sache für den Wegnehmenden eine fremde und eben deshalb die Wegnahme als Diebstahl anzusehen sein. — Soweit das Gesetz nicht ausdrücklich das Gewohnheitsrecht beseitigt, muß dieses wie auf andern Rechtsgebieten als wirksam betrachtet werden. Daher kann durch desuetudo ein Strafgesetz aufgehoben werden (derogierende Funktion des Gewohnheitsrechts). Denkbar wird eine solche desuetudo allerdings nur in der Art sein, daß die maßgebenden Behörden (Staatsanwaltschaft und Gerichte) ein Strafgesetz längere Zeit hindurch in der Meinung seiner rechtlichen Ungiltigkeit nicht mehr angewendet haben, obgleich thatsächlich Veranlassung zu seiner Anwendung gegeben gewesen wäre. Der Umstand, daß ein Strafgesetz in Vergessenheit gerät, begründet kein entgegenstehendes Gewohnheitsrecht, weil es an der opinio necessitatis fehlt. Im wesentlichen übereinstimmend Binding **1**, 210, Hälschner **1**, 85, Meyer 104 (nur für das Landesrecht), Olsh. 5. Abweichend bes. v. Liszt § 17.
2. **Nur auf ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, nicht auf Analogie, kann ein Strafanspruch des Staates gegründet werden.** Daher ist es z. B. nicht möglich, in analoger Anwendung des § 182 eine Frauensperson zu bestrafen, die einen Knaben unter 16 Jahren zum Beischlafe verführt. Ebenso unzulässig ist die Ausdehnung des § 354 auf Drucksachen. Nur ganz ausnahmsweise läßt das Gesetz die Analogie zu. So namentlich in § 48. — Aber auch der Analogie darf man die Bedeutung für die Auslegung des Gesetzes nur insoweit absprechen, als sie ihr erkennbar entzogen ist. Sie kann nicht benutzt werden, um einen Strafanspruch zu begründen, wohl aber um ihn auszuschließen, aufzuheben oder zu modifizieren. Daher ist es zulässig, die im § 46 ausdrücklich nur für den Thäter normierten Strafauf-

Digitized by Google

hebungsgründe im Wege der Analogie auf Anstifter und Gehilfen zu übertragen. So bes. Binding 1, 221. 222. Ähnlich die meisten. S. noch § 193.

II. Weiter enthält § 2 die Vorschrift, daß eine Strafe nur auf Grund eines solchen Gesetzes verhängt werden darf, in welchem eine Strafe bestimmt ist. Ungiltig sind daher Landesgesetze mit absolut unbestimmter, d. h. durchaus dem richterlichen Ermessen überlassener Strafdrohung. Ältere derartige Strafgesetze hat EG z. preuß. StGB Art. VIII dadurch aufrecht erhalten, daß es die unbestimmten Strafdrohungen in bestimmte verwandelte. **Die gesetzliche Strafandrohung kann eine absolut oder eine relativ bestimmte sein.**

1. Absolut bestimmt ist sie dann, wenn die Strafe ihrer Höhe nach unverrückbar vom Gesetze bestimmt ist, so daß dem richterlichen Ermessen kein Spielraum bleibt. Z. B. §§ 80. 211. Besonders häufig in Finanz-, auch Forst- und Felddiebstahlsgesetzen in der Art, daß die Höhe der Geldstrafe einem Vielfachen des Objektwertes gleichkommen soll.
2. Relativ bestimmt ist die Strafe dann, wenn das Gesetz ein Strafminimum und ein Strafmaximum festsetzt. Auf diese Weise entsteht ein Strafrahmen, innerhalb dessen der Richter die im Einzelfalle verwirkte Strafe nach seinem Ermessen zu bestimmen hat (bei weitem die Mehrzahl der Strafdrohungen).
   a) Die Gesichtspunkte, von denen er sich dabei leiten läßt, hat er im Urteile anzugeben. StPO § 266. Diejenigen, welche ihn veranlassen, in der Richtung des Strafmaximums aufzusteigen, heißen **Straferhöhungsgründe**; diejenigen, welche ihn veranlassen, in der Richtung des Strafminimums herunterzugehen, heißen **Strafminderungsgründe.**
   b) Ein Abgehen von dem normalen Strafrahmen nach der einen oder der andern Richtung ist nur auf Grund ausdrücklicher gesetzlicher Ermächtigung statthaft. Danach unterscheidet man **Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe.** α. Jene gestatten dem Richter oder verpflichten ihn sogar, über den normalen Strafrahmen hinauszugehen. Sie sind im Gesetze speziell bezeichnet und stets nur bei einzelnen bestimmten Delikten zulässig. Z. B. Rückfall §§ 244. 250 Nr. 5. 261. 264; oder besonders gefährliche Art der Begehung § 223a; oder besonders schwerer Erfolg §§ 224. 226. Die Strafschärfungsgründe sind mithin stets besondere und benannte. Liegt ein Strafschärfungsgrund vor, so ist das Delikt ein qualifiziertes. β. Die Strafmilderungsgründe gestatten es dem Richter oder verpflichten ihn, unter den normalen Strafrahmen herunterzugehen. Sie finden teils bei allen Delikten Anwendung (allgemeine Strafmilderungsgründe, nämlich Versuch, Beihilfe, jugendliches Alter), teils nur bei einzelnen (besondere Strafmilderungsgründe, z. B. psychische Erregtheit bei Begehung der Handlung § 213). Ist der Strafmilderungsgrund ein vom Gesetze ausdrücklich benannter, so heißt das Delikt ein privilegiertes (auch negativ qualifiziertes). Neben den benannten finden sich auch unbenannte, d. h. dem richterlichen Ermessen anheimgestellte Strafmilderungsgründe. Sie heißen **mildernde Umstände.** Z. B. §§ 217. 228. Als solche kann der Richter auch außerhalb der That selbst liegende Momente, namentlich das nachfolgende Verhalten des Thäters, ansehen. E 20, 266. Das Wesen der mildernden Umstände liegt somit darin, daß sie den Strafrahmen nach unten hin erweitern.

Die vorgetragene Terminologie ist die durchaus herrschende. Vergl. Berner 276, Meyer 404. 408. Abweichend nur Beling 51, dem allerdings bis zu einem gewissen Grade der Sprachgebrauch des Gesetzes (§ 50) zur Seite steht.

III. Indem das Gesetz ferner anordnet, daß die Strafe gesetzlich bestimmt sein muß, bevor die Handlung begangen wurde, erkennt es den Satz an: **das Strafgesetz hat keine rückwirkende Kraft** (s. jedoch unten IV). Bestrafung ist mithin nur dann zulässig, wenn die Handlung vor ihrer Begehung durch ein bereits in Kraft befindliches Gesetz mit — absolut oder relativ bestimmter — Strafe bedroht war. Daher konnten wucherische Hand-

Digitized by Google

lungen, die vor dem 14./6 1880 begangen waren, auf Grund der §§ 302a ff. nicht bestraft werden. Strafbarkeit ist auch dann nicht vorhanden, wenn nach Vollzug der körperlichen Thätigkeit, aber vor Eintritt des Erfolges die Handlung unter Strafe gestellt wird. A. A. Binding 1, 246. Bei Kollektiv- und fortgesetzten Delikten (vergl. § 74) bleiben die vorher liegenden Akte straflos. (Immerhin können sie als Beweismomente für die Gewerbsmäßigkeit herangezogen werden. E 5, 369.) Wird aber durch ein neues Gesetz die Aufrechterhaltung eines Zustandes unter Strafe gestellt, so macht sich selbstverständlich auch der strafbar, der den schon vorher begründeten Zustand noch weiter fortdauern läßt (wichtig für die Dauerdelikte; vergl. § 74).

IV. Ausnahmsweise aber ist nach Abs. 2 den Strafgesetzen rückwirkende Kraft zuzuschreiben: **rückwirkende Kraft hat das mildere Strafgesetz.** Genauer: ist in der Zeit zwischen Begehung der Handlung und ihrer Aburteilung eine Änderung der Gesetzgebung eingetreten, so ist das mildeste Gesetz anzuwenden. Der innere Grund dieser Bestimmung ist der, daß in jedem auf Strafe lautenden Urteil die Rechtsanschauung der Gegenwart, nicht die einer vergangenen Zeit zum Ausdruck kommen soll. Einzelnes:

1. Mildestes Gesetz ist dasjenige, welches die für den Angeklagten günstigste Entscheidung ermöglicht. Als solches erscheint zunächst das „Nichtstrafgesetz", d. h. der rechtliche Zustand, bei dem die Handlung überhaupt nicht pönalisiert ist. Sodann dasjenige, nach dem die Handlung verjährt (E 32, 247) oder wegen mangelnden Strafantrags nicht verfolgbar ist (in letzterer Beziehung abweichend Goehrs, Das mildeste Gesetz [1897] 46 ff.). Ist die Handlung nach sämtlichen in Betracht kommenden Gesetzen verfolgbar und strafbar, so sind in erster Linie die Hauptstrafen und dann erst die Nebenstrafen oder auch sonstigen Deliktsfolgen (diese will jedoch OlSh. 21 unberücksichtigt lassen) zu vergleichen, und schließlich ist das Gesetz anzuwenden, das hiernach die mildeste Beurteilung des konkreten Falles zuläßt. Hat das so als das mildeste bestimmte Gesetz ein höheres Strafmaximum als das (sonst) strengere, so darf das Maximum dieses letzteren nicht überschritten werden. Z. B.: KO § 210 der alten Fassung drohte für den einfachen Bankrott Gefängnis bis zu 2 Jahren an; KO § 240 der neuen Fassung läßt Gefängnis bis zu 5 Jahren zu, gestattet aber gleichzeitig, mildernde Umstände anzunehmen und bei solchen nur auf Geldstrafe bis 900 Mark zu erkennen. Kommt StGB § 2 in Frage, so ist es zulässig, mildernde Umstände anzunehmen und lediglich eine Geldstrafe zu verhängen, aber unzulässig, eine höhere Strafe als 2 Jahre Gefängnis auszusprechen. Ebenso würde die in KO § 240 u. U. vorgesehene Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte unstatthaft sein. Sachlich übereinstimmend wohl E 33, 187. Eine Kombinierung der mehreren Strafgesetze ist unstatthaft. Vgl. EG § 6.
2. Als das mildeste und darum anzuwendende Gesetz kann auch ein sog. Zwischengesetz in Betracht kommen, d. h. ein solches, das nach Begehung der Handlung in Kraft, zur Zeit ihrer Aburteilung aber bereits wieder außer Kraft getreten ist.
3. Die Änderung eines außerhalb des Strafrechts liegenden Gesetzes kann es bewirken, daß eine Handlung, die früher strafbar war, jetzt deshalb straflos begangen werden kann, weil es nunmehr an der Verletzung des Rechts oder des Rechtsgutes fehlt, die der Thatbestand des Strafgesetzes fordert. So beseitigt z. B. BGB § 559 das sog. Kahlpfändungsrecht des Vermieters. Hat aber unter der Herrschaft des älteren Rechts der Mieter durch Wegnahme ihm unentbehrlicher Sachen das damals bestehende Pfandrecht des Vermieters gebrochen, so steht seiner Strafbarkeit auch jetzt nichts entgegen. Denn die Pfandkehr ist auch jetzt noch strafbar (§ 289), und die Thatsache bleibt bestehen, daß er zur Zeit der That ein fremdes Pfandrecht gebrochen hat. Bleibt also der Deliktsbegriff derselbe und hat die Änderung des außerhalb des Strafrechts liegenden Rechts nur die Bedeutung, daß die Handlung, falls sie jetzt begangen würde, nicht unter den Deliktsbegriff fiele, so ist jene Änderung keine solche, deren Berücksichtigung die vorliegende Stelle gebietet. Sachlich überein-

Digitized by Google

stimmend E 16, 171. 22, 290. 27, 98. 34, 157. Wird dagegen durch die Änderung des außerhalb des Strafrechts liegenden Rechtes zugleich eine Änderung des Deliktsbegriffes bewirkt, so findet die vorliegende Stelle Anwendung. Sachlich ebenso E 33, 184. 187. 34, 37. Nach dem ersten dieser Urteile ist jetzt die Pflicht zur Bilanzziehung auch bei solchen Handlungen, die vor dem 1./1 1900 begangen wurden, nach dem neuen HGB zu beurteilen; nach dem letzten gilt das Gleiche für die Frage der rechtzeitigen Bilanzziehung. Bedenklich E 31, 225. Vergl. über die (bestrittene) Frage noch Binding 1, 257, v. Liszt § 19, Seuffert StG d. Ggw. 2, 456.

4. Stellt das Gesetz eine Handlung nur dann unter Strafe, wenn sie innerhalb einer bestimmten Zeit begangen wird, so ist zunächst zu unterscheiden, ob das Gesetz selbst über diese Zeit hinaus in Kraft bleibt oder nicht. Im ersteren Falle (z. B. § 368 Nr. 9 „vor beendigter Ernte") ist es selbstverständlich, daß die während der kritischen Zeit begangenen Handlungen auch noch später bestraft werden können; denn die in § 2 vorausgesetzte Gesetzesänderung ist überhaupt nicht eingetreten. Aber auch in dem zweiten Falle muß das Gleiche gelten. Wird z. B. für eine bestimmte Zeit ein Einfuhrverbot erlassen, so ist es klar, daß die in den letzten Tagen begangenen Zuwiderhandlungen thatsächlich erst später bestraft werden können. Die Bestrafung ist aber auch rechtlich zulässig, weil der Wegfall eines derartigen Gesetzes durchaus nicht eine Änderung in der Rechtsanschauung bedeutet, sondern nur zum Ausdrucke bringt, daß der thatsächliche Grund der Strafbarkeit (z. B. eine ausländische Viehseuche) für die später begangenen Handlungen nicht mehr vorliege.

   Nicht zu verwechseln mit diesen Fällen ist aber der andere, daß ein Gesetz, in dem eine Handlung schlechthin unter Strafe gestellt wird, seiner eigenen Giltigkeit einen Endtermin setzt. Hier bedeutet die Aufhebung oder die Nichterneuerung des Gesetzes den Eintritt einer neuen Rechtsidee, und deshalb können vorher begangene Zuwiderhandlungen nicht mehr mit Strafe belegt werden. Von diesem Gesichtspunkte aus ist das Sozialistengesetz v. 28./10 1878, außer Kraft seit 1./10 1890, zu betrachten. S. Frank Ztschr. 14, 357 (im Anschlusse an Binding 1, 237. 258) gegen E 21, 294 und Olsh. 16. Übereinstimmend v. Liszt § 19, abweichend aber E 32, 110.

5. Eine nach der Aburteilung eintretende Änderung der Gesetzgebung bleibt unberücksichtigt. Wer also zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, muß die Strafe verbüßen, auch wenn nachträglich die Handlung für straflos erklärt worden ist (ein nicht zu unterschätzendes Argument für die Normentheorie). — Die Verjährung der Strafvollstreckung (§§ 66. 70) findet aber auch auf solche Strafen Anwendung, die vor dem Strafgesetzbuch rechtskräftig erkannt wurden. Dies folgt zwar nicht aus der vorliegenden Stelle, aber direkt aus § 70. Abweichend Hälschner 1, 129, Olsh. 13, Rüd.-Stengl. 14.

V. Über die Frage, wann das Delikt begangen ist, s. § 3 IV.

§. 3.

Die Strafgesetze des Deutschen Reichs finden Anwendung auf alle im Gebiete desselben begangenen strafbaren Handlungen, auch wenn der Thäter ein Ausländer ist.

I. Die §§ 3—8 beziehen sich auf das sog. **internationale Strafrecht**, und zwar regeln sie aus diesem Gebiete speziell die Frage, inwiefern dem Inlande aus einem im Auslande begangenen Delikte ein Strafanspruch erwächst, d. h.: unter welchen Voraussetzungen ein im Auslande begangenes Delikt im Inlande bestraft werden kann. Beantwortet ist die Frage nur bezüglich der Strafgesetze des Deutschen Reichs, nicht bezüglich der der Einzelstaaten. Konsequenzen s. § 6.

Digitized by Google

II. Die vorliegende Stelle in Verbindung mit dem ersten Absatze des § 4 sanktioniert das sog. **Territorial- oder Territorialitätsprinzip**: leges non obligant extra territorium. A. A. Binding 1, 402. 437. Dies bedeutet:

1. in positiver Beziehung, daß, wenn das Delikt im Inlande begangen wurde, In- und Ausländer einander hinsichtlich der Strafbarkeit gleichstehen. Ausnahmen s. V;
2. in negativer Beziehung, daß der inländische Staat sich (grundsätzlich) um die im Auslande begangenen Delikte nicht kümmert. S. § 4.

III. Über die Begriffe des In- und Auslandes s. § 8.

IV. **Ort und Zeit der Begehung.** — Es fragt sich: wann ist ein Delikt im Inlande, wann im Auslande begangen? Die örtliche Bestimmung des Delikts hat aber nicht nur für das internationale Strafrecht, sondern auch für das Strafprozeßrecht Bedeutung, weil von ihrer Beantwortung der Gerichtsstand der begangenen Handlung (StPO § 7) abhängt. Man hat behauptet, daß die Antwort für das materielle Strafrecht anders ausfallen müsse, als für den Strafprozeß. So bes. v. Bar 239, Binding 1, 415. Jedoch mit Unrecht. Denn der Umstand, daß dieselbe Frage aus mehreren Gründen aufgeworfen werden muß, rechtfertigt nicht ihre verschiedene Beantwortung. Vergl. Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht (1902) 49 ff.

Mit der Frage nach dem Orte der Begehung verbindet sich die nach ihrer Zeit. Diese ist allerdings nicht für das internationale Strafrecht, wohl aber für die Fälle der Gesetzesänderung (§ 2) oder der Verjährung (§ 67) von Bedeutung. Darüber, daß die Fragen des Orts und der Zeit einheitlich zu beantworten sind, herrscht Einstimmigkeit.

Zweifelhaft können beide Fragen zunächst bei den Distanzverbrechen, d. h. dann werden, wenn körperliche Thätigkeit und Erfolg derart räumlich oder zeitlich auseinanderfallen, daß die Differenz von rechtlicher Bedeutung ist. Z. B.: es wird jemand über die Grenze herüber getötet. Oder: ein in Paris aufgegebener Brief erreicht den Adressaten in Berlin. Oder: während der Brief unterwegs ist, wird die Strafe der Beleidigung gesetzlich erhöht.

Es ist klar, daß in derartigen Fällen eine örtliche und zeitliche Bestimmung nur für die Einzelvorgänge (für die körperliche Thätigkeit und den Erfolg), nicht aber für beide als Einheit möglich ist. Beachtet man dies, so zeigt sich ohne weiteres, daß man dem Problem auf rein logischem Wege überhaupt nicht beikommen kann. Es handelt sich vielmehr nur darum, diejenige Entscheidung zu treffen, welche rechtlich am meisten befriedigt. Folgende Möglichkeiten stehen offen:

1. ausschließliche Betonung des Erfolgs in dem Sinne, daß das Delikt an dem Orte und zu der Zeit begangen ist, wo und wann der Erfolg eintritt. So früher v. Liszt § 31. Dagegen spricht zunächst die Erwägung, daß es in den schlichten Thätigkeitsdelikten solche giebt, zu deren Thatbestand überhaupt kein Erfolg gehört (§ 1 II 2), namentlich aber fällt ins Gewicht, daß die erwähnte Ansicht die Zeit der Begehung in völlig unbefriedigender Weise bestimmt. Es wäre z. B. strafbar, wer in geisteskrankem Zustande einen Brief schreibt und absendet, der seine Adresse erst erreicht, nachdem der Verfasser wieder geistig gesund ist;
2. Gleichstellung der körperlichen Thätigkeit mit dem Erfolge in dem Sinne, daß das Delikt an dem Orte und zu der Zeit sowohl der körperlichen Thätigkeit als auch des Erfolges begangen ist. So bes. v. Lilienthal, Der Ort der begangenen Handlung (1890); außerdem Berner 255, Binding 1, 416, Olsh. 3 ff., Oppenh.-Del. 6. 7, E 1, 274. 3, 316. 23, 155. Auch gegen diese Ansicht spricht der zweite der oben angeführten Gründe.

Alle Theorien aber, die auf den Ort des Erfolges Wert legen, haben mit der Schwierigkeit zu kämpfen, daß dieser in zahlreichen Fällen zweifelhaft ist, in andern von bloßen Zufälligkeiten abhängt. Deshalb weichen ihre Vertreter untereinander wieder vielfach ab. Z. B.: A wird in X von der Kugel getroffen und stirbt infolge davon in Y. Eine

Digitized by Google

weitverbreitete Ansicht nimmt an, daß der Thäter so lange handle, als die von ihm in Bewegung gesetzten Kräfte thätig sind, und daß alle Orte als Begehungsorte aufzufassen seien, in denen sie es sind, nicht aber diejenigen Orte, in denen eine weiterliegende Wirkung eintritt. So z. B. Löwe-Hellw. zu StPO § 7, Betz, Das Forum delicti commissi (1896). Diese Auffassung führt zu der sog. Theorie der Zwischenwirkungen, die in dem angeführten Beispiele als Ort der Handlung zwar X, aber nicht Y) ansieht. Aber sind die pathologischen Störungen im Körper des Verletzten nicht auch von der That in Bewegung gesetzt? S. auch Lilienthal a. a. O. 7 ff., v. Liszt § 31. Andere wollen umgekehrt den Ort der Zwischenwirkung ganz außer Betracht lassen. Das paßt aber nicht für die durch den Erfolg qualifizierten Delikte. Endlich wollen wieder andere nur den Ort gelten lassen, an dem der Erfolg mit Willen des Thäters eingetreten ist. So z. B. Berner 255. Aber warum soll sich die Ortsbestimmung eines objektiven Vorgangs nach subjektiven Momenten richten?

3. ausschließliche Betonung der körperlichen Thätigkeit in dem Sinne, daß das Delikt nur an dem Orte und zu der Zeit begangen ist, wo und wann der Thäter in seiner Ausführung persönlich thätig war. So v. Bar 236, Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht 188, Hälschner 1, 152, Merkel 276, Meyer 142, Seuffert, StG d. Ggw. 1, 29, Schneidler, Der Ort der begangenen Handlung (1886), Beling, Ztschr. 17, 311 ff., namentlich aber Kitzinger a. a. O. und jetzt auch v. Liszt § 31. Diese Ansicht führt niemals zu widersinnigen Ergebnissen. Ist es auch unerfreulich, daß ein Franzose, der von Frankreich aus eine auf deutschem Gebiete befindliche Person tötet, bei uns nicht bestraft werden kann, so handelt es sich doch um eine Konsequenz, die man s. Z. bewußt viel in Kauf genommen hat. Vergl. Kitzinger a. a. O. 187. Außerdem findet die Ansicht eine positive Stütze in § 4 Nr. 2. Da nämlich bei landesverräterischen Handlungen stets das Inland verletzt ist, so könnte man, wenn es auf den Erfolg ankäme, eine landesverräterische Handlung niemals im Auslande begehen.

Wird die körperliche Thätigkeit an verschiedenen Orten oder zu verschiedenen Zeiten entfaltet, so scheiden zunächst die bloßen Vorbereitungshandlungen als strafrechtlich bedeutungslos aus. Dagegen stehen mehrere Ausführungshandlungen einander gleich. Ebenso v. Bar 235, Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht (1898) 188, Merkel 276, Meyer 142, Schneidler a. a. O. 48, Kitzinger a. a. O. 173. Lediglich die letzte Ausführungshandlung sehen als maßgebend an v. Hälschner 1, 153, Oppenh.-Del. 10, Rüd.-Stengl. 4. Vom Standpunkte der hier vertretenen Ansicht aus ergiebt sich die Entscheidung für die Fälle des zusammengesetzten und des fortdauernden Delikts (z. B. Raub — Freiheitsberaubung) von selbst. Da bei den letzteren die Aufrechterhaltung des rechtswidrigen Zustandes selbst zum Thatbestande gehört, so sind sie am Orte und zur Zeit sowohl der Begründung als der Aufrechterhaltung (also während der ganzen Dauer derselben) begangen. Vergl. Kitzinger a. a. O. 250 ff. Wegen des fortgesetzten Delikts s. § 74.

Für den Versuch und die Teilnahme gilt nichts besonderes. Speziell sind Anstiftung und Beihilfe da begangen, wo die in diesem oder in jenem Sinn zu qualifizierende Thätigkeit entfaltet wurde. Legt man entgegen der vertretenen Auffassung auf den Ort des Erfolgs Gewicht, so sind sie da oder auch da begangen, wo der Angestiftete die Aufforderung, der Unterstützte die Hilfeleistung empfängt. Die meisten aber gehen weiter, indem sie annehmen, daß der Ort der Hauptthat auch der der Teilnahmehandlung sei. So v. Lilienthal a. a. O., Birkmeyer, Die Lehre v. d. Teilnahme (1890) 176, E. 19, 147. 25, 424. Den Grund für diese Auffassung findet man teils darin, daß der Erfolg der Hauptthat auch der Erfolg der Teilnahme sei, teils in der akzessorischen Natur der letzteren. Dagegen Betz a. a. O. 53, die erste Auflage dieses Kommentars und Kitzinger a. a. O. 217 ff. — Übrigens hat die Frage nach dem Begehungsorte der Teilnahme im wesentlichen Bedeutung nur für das internationale Strafrecht. Was den Gerichtsstand betrifft, so kann

Digitized by Google

zufolge des Zusammenhangs nach StPO §§ 13. 3 die Aburteilung auch vor dem für die Hauptthat maßgebenden Gerichtsstand erfolgen.

Die Frage nach Ort und Zeit der *Unterlassungsdelikte* ist die nach Ort und Zeit der rechtswidrig nicht vollzogenen Handlung. Ist für deren Bestimmung aber der Ort der körperlichen Thätigkeit maßgebend, so folgt für das Unterlassungsdelikt, daß es *da* begangen ist, *wo der Thäter zur Erfüllung der ihm obliegenden Rechtspflicht spätestens hätte thätig werden müssen*. So Kitzinger a. a. O. 123. Hält sich der Verpflichtete zur kritischen Zeit an einem dritten Orte auf und kann er von dort aus der Verpflichtung nachkommen, so ist Kitzinger 120 ff. der Meinung, daß sich der Ort des Delikts lediglich durch den Aufenthalt bestimme. Träfe dies zu, so könnte man sich landesrechtlich auferlegten Handlungspflichten durch Wechsel des Aufenthaltsorts straflos entziehen. Z. B.: im Staate A ist bestimmt, daß ein Umzug binnen 14 Tagen polizeilich gemeldet werden muß; X verzieht nach dem Staate B, ohne sich abzumelden. Die Möglichkeit, sich dadurch der Strafe zu entziehen, widerspricht der Rechtsidee. Deshalb wird man bei dem Unterlassungsdelikte dem Aufenthaltsorte denjenigen gleichzustellen haben, an dem die Verpflichtung zu erfüllen ist. Ebenso v. Lilienthal a. a. O. 32.

Die *Begehungszeit des Unterlassungsdelikts* dauert von dem Augenblicke an, da das Nichthandeln strafbar wird, bis zum Wegfall der Verpflichtung zum Handeln. Wird ein Handeln binnen bestimmter Frist bei Strafe gefordert, so bedeutet der Ablauf der Frist regelmäßig nicht den Wegfall der Verpflichtung. Bis dahin erscheint das Delikt als ein fortdauerndes. Binding **1**, 841, Oppenh.-Del. 8 zu § 67, Kitzinger a. a. O. 256 und zahlreiche Entscheidungen des preuß. Obertribunals in Oppenhoff, Rechtsprechung, bes. **19**, 25. Wann die Pflicht zum Handeln wegfällt, muß nach der Natur der betr. Bestimmung geprüft werden. Bei unterlassener Anzeige der Beschäftigung jugendlicher Arbeiter (GO § 138) dauert sie so lange wie die Beschäftigung. E **9**, 353. Vergl. auch E **8**, 390, R **2**, 212. Bei unterlassener rechtzeitiger Anzeige eines Wohnungswechsels nimmt das Kammergericht (Arch. **45**, 60) an, die Pflicht bestehe, bis ihr genügt, oder dies unmöglich oder die neue Wohnung wieder verlassen wird. Das geht indessen zu weit; vielmehr endigt die Pflicht auch dann, wenn die Polizei auf andere Weise Kenntnis erhält. Schreibt eine Polizeiordnung vor, daß Tiere vor dem Schlachten dem Tierarzt zur Untersuchung vorgeführt werden müssen, so endigt die Pflicht mit dem Schlachten. So auch im Ergebnis ein Urt. d. Kammergerichts v. 26./4 1900.

Über den Begehungsort der *Preßdelikte* s. die Litteratur zum Reichspreßgesetze, Betz a. a. O. 59 ff, Kitzinger a. a. O. 270 ff. und StPO § 7 in der neuen Fassung.

V. Das Territorialitätsprinzip erleidet gewisse Ausnahmen:

1. Es liegt im Wesen einzelner Delikte, daß sie nur von Inländern (z. B. § 88), im Wesen anderer, daß sie nur von Ausländern (z. B. § 296 a) begangen werden können.
2. Gegenüber gewissen Personen vermag sich die Herrschaft der Strafgesetze des Deutschen Reichs praktisch nicht zu bethätigen, weil sie keiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind. Dies gilt für die deutschen Landesherren und die ihnen gleichstehenden Regenten, nicht aber für die Mitglieder der landesherrlichen Familien. Der Satz: princeps legibus solutus ist nur der falsche Ausdruck des staatsrechtlichen Prinzips, daß der Landesherr unverantwortlich, d. h. keiner Gerichtsgewalt unterworfen ist. Die herrschende Lehre freilich erklärt den Landesherrn als befreit von der Herrschaft der Gesetze, erkennt aber doch an, daß er eine strafbare Handlung begehen und daß ein dritter sich durch Beteiligung strafbar machen könne. Vergl. Binding **1**, 667, Birkmeyer, Die Lehre von der Teilnahme (1890) 157. Dies ist ein Widerspruch in sich selbst. — Ist jemand nur von der *inländischen* Gerichtsbarkeit befreit, so wird damit logisch noch nicht die Folgerung begründet, daß er auch von der Herrschaft der inländischen Strafgesetze befreit wäre. Dennoch wird eine Befreiung auch in dieser Beziehung von der überwiegenden Ansicht für die sog. Exterritorialen (s. GVG §§ 18—21 und die Lehrbücher des Strafprozesses und des Völkerrechts) behauptet. Dagegen

Digitized by Google

mit Recht Beling, Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität (1896), Binding 1, 685 ff., Merkel 282, Olsh. 21, Urt. d. Kammergerichts v. 26./6 1889 (DJZ 5, 96). Nach dieser Entscheidung findet das deutsche Strafrecht Anwendung, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung exterritorial war, nachher aber die Exterritorialität verloren hat.

3. Gewisse im Auslande begangene Handlungen können im Inlande bestraft werden. S. § 4.

§ 4.

Wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen findet in der Regel keine Verfolgung statt.

Jedoch kann nach den Strafgesetzen des Deutschen Reichs verfolgt werden:

1. ein Deutscher oder ein Ausländer, welcher im Auslande eine hochverräterische Handlung gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat, oder ein Münzverbrechen, oder als Beamter des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen im Amte anzusehen ist;
2. ein Deutscher, welcher im Auslande eine landesverräterische Handlung gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat, oder eine Beleidigung gegen einen Bundesfürsten begangen hat;
3. ein Deutscher, welcher im Auslande eine Handlung begangen hat, die nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen anzusehen und durch die Gesetze des Orts, an welchem sie begangen wurde, mit Strafe bedroht ist.

Die Verfolgung ist auch zulässig, wenn der Thäter bei Begehung der Handlung noch nicht Deutscher war. In diesem Falle bedarf es jedoch eines Antrages der zuständigen Behörde des Landes, in welchem die strafbare Handlung begangen worden, und das ausländische Strafgesetz ist anzuwenden, soweit dieses milder ist.

§ 5.

Im Falle des § 4 Nr. 3 bleibt die Verfolgung ausgeschlossen, wenn

1. von den Gerichten des Auslandes über die Handlung rechtskräftig erkannt und entweder eine Freisprechung erfolgt oder die ausgesprochene Strafe vollzogen,
2. die Strafverfolgung oder die Strafvollstreckung nach den Gesetzen des Auslandes verjährt oder die Strafe erlassen, oder
3. der nach den Gesetzen des Auslandes zur Verfolgbarkeit der Handlung erforderliche Antrag des Verletzten nicht gestellt worden ist.

I. Der erste Absatz des § 4 bringt die sog. negative Seite des Territorialitätsprinzips zum Ausdrucke. S. § 3 II 2. Er sagt m. a. W., daß der inländische Staat im Auslande begangene Delikte grundsätzlich nicht bestraft. Von diesem Satze enthält der zweite Absatz eine Reihe von Ausnahmen. Diese werden ergänzt durch §§ 102. 140.

Digitized by Google

298, MStGB §§ 7. 155. 160 und zahlreiche Bestimmungen der Nebengesetze (z. B. Sprengstoffges. v. 9./6 1884 § 12; Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3./7 1893 § 10; Gesetz gegen den Sklavenraub v. 28./7 1895 § 5); vergl. besonders v. Liszt § 22.

II. Kann demnach auch wegen gewisser im Auslande begangener Delikte eine Verfolgung im Inlande eintreten, so ist diese doch immer (wenigstens in den vom StGB selbst aufgenommenen Fällen) fakultativ. Sie steht im Ermessen der Staatsanwaltschaft, für welche in derartigen Fällen die Opportunitätsmaxime gilt. Also Ausnahme von der regelmäßig platzgreifenden Legalitätsmaxime der StPO § 152. Hat die Staatsanwaltschaft die Verfolgung eingeleitet, so darf das Gericht niemals aus Gründen der Opportunität die Eröffnung des Verfahrens oder die Aburteilung ablehnen. In beiden Beziehungen hat es die deutschen Gesetze zu Grunde zu legen. Dieses letztere ist der Sinn der einleitenden Worte des § 4 Abs. 2. Daraus ergiebt sich, daß die „Verfolgung" auch die Aburteilung umfaßt. Ist also die Verfolgung zunächst zulässig, dann aber wegen Auftretens eines der in § 5 Nr. 1 und 2 aufgezählten Momente unstatthaft, so kann eine Verurteilung nicht eintreten. Ebenso im Ergebnis Rüb.-Stengl. 1 zu § 5, Beling Ztschr. 18, 268 und wohl auch Binding 1, 445. A. A. Olsh. 1 zu § 5, Lippmann i. d. Ztschr. f. international. Privat- und Strafrecht 2, 449 und speziell für eine nachträglich eintretende Verjährung E 22, 341. Inkonsequent Oppenh.-Del. 5 und 14 zu § 5.

III. Die im zweiten Absatze des § 4 statuierten Ausnahmen von der Territorialitätsmaxime weisen auf andere in der Theorie und Gesetzgebung vertretene Prinzipien hin und lassen sich in folgender Weise gruppieren:

1. Das **System der Weltrechtspflege** gilt für alle Angriffe auf das Münzwesen, die sich als Münzverbrechen im Sinne des StGB's darstellen (§§ 146. 147. 149). Die Strafbarkeit ist also immer begründet. Es kommt weder auf den Ort der Begehung, noch auf die Staatsangehörigkeit des Thäters, noch auch darauf an, ob das Münzwesen des In- oder des Auslandes angegriffen wurde.

2. Das **Real- oder Schutzprinzip** gilt:
   a) für jeden Angriff auf den inneren Bestand des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaates. Das heißt: jener Bestand wird strafrechtlich geschützt, gleichgiltig, ob der Angriff von einem In- oder einem Ausländer, gleichgiltig, ob er im In- oder Auslande unternommen wird. Über den Begriff des Hochverrats s. die Vorbemerkung zum 1. Abschnitte des zweiten Teils. Zu den hochverräterischen Handlungen gehören die in den §§ 80—86 bezeichneten;
   b) für jeden Angriff auf die Integrität eines deutschen Amtes, vorausgesetzt, daß er von einem Beamten des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaates ausgeht und „nach den Gesetzen des Deutschen Reichs als Verbrechen oder Vergehen im Amte anzusehen ist". Diese Wendung kehrt in der Überschrift des 28. Abschnittes des zweiten Teils wieder. Sie ist also eine technische und darf nur auf solche Handlungen erstreckt werden, die entweder in diesem Abschnitte oder in späteren besonderen Reichsgesetzen gerade als Amtsdelikte qualifiziert sind. So Oppenh.-Del. 20, wohl auch Rüb.-Stengl. 8 zu § 4. Weitergehend nehmen Binding 1, 432, Hälschner 2, 1035, Olsh. 10 zu § 4 an, daß als Verbrechen oder Vergehen im Amte alle diejenigen Verbrechen oder Vergehen anzusehen seien, bei denen die Beamteneigenschaft irgendwie als strafbegründend oder strafschärfend hervorgehoben ist (z. B. §§ 128 Abs. 2. 174 Nr. 2).

3. Das **Personalitätsprinzip**, dem natürlich nur Deutsche unterworfen sein können, gilt
   a) unbedingt α. bei landesverräterischen Handlungen gegen das Deutsche Reich oder einen Bundesstaat (§§ 87—92), β. bei Beleidigung gegen einen Bundesfürsten (§§ 94—101); in beiden Fällen muß der Thäter schon zur Zeit der That Deutscher sein, d. h. in dem Augenblicke, in welchem er die

Digitized by Google

maßgebende körperliche Thätigkeit vollzieht. Nachträglicher Erwerb der deutschen Nationalität genügt nicht;

b) bei allen andern nach deutschem Rechte als Verbrechen oder Vergehen anzusehenden Handlungen. In diesem Falle aber ist die inländische Verfolgbarkeit teils positiv, teils negativ bedingt. Positiv bedingt insofern, als die Handlung am Ort der That mit (krimineller) Strafe bedroht sein muß. Auf die Höhe derselben und auf den Gesichtspunkt der Pönalisierung kommt es nicht an. E. 5, 424. Auf staatenlosem Gebiete kann diese Bedingung nicht erfüllt werden. Dasselbe gilt für Gebiete unzivilisierter Völker, weil es bei diesen keine Gesetze giebt. So mit Recht v. Hippel DJZ 2, 213. Wenn v. Bar 258, Berner 262, Binding 1, 436, Fuld GS 42, 37, v. Liszt § 22, Meyer 122, anscheinend auch Heinze, Universelle u. partikuläre Strafrechtspflege (1896) 18 annehmen, daß mit der Möglichkeit der Erfüllung der Bedingung diese auch selbst wegfalle, so ist im Grunde nur der Wunsch des Gedankens Vater. Namentlich aber übersehen diese Schriftsteller, daß sich die Anforderungen des deutschen Strafrechts nur in sehr beschränktem Umfange auf unkultivierte Verhältnisse übertragen lassen. — Zuzugeben ist nur, daß nach dem Ges. üb. d. Konsulargerichtsbarkeit v. 7./4 1900 § 77 die den Konsulargerichten unterworfenen Personen vor diesen auch dann verfolgt werden können, wenn sie ein Delikt in staatenlosem Gebiete begehen. Damit ist aber nicht, wie v. Liszt a. a. O. annimmt, die Frage allgemein entschieden. Die zitierte Stelle gilt nicht einmal für die Gerichte in den Schutzgebieten. Negativ bedingt ist die Verfolgung insofern, als sie beim Vorliegen gewisser Umstände unzulässig ist:

α. Die Verfolgung (s. o. II a. E.) bleibt ausgeschlossen, wenn von den Gerichten des Auslandes über die Handlung rechtskräftig erkannt und entweder eine Freisprechung erfolgt oder die ausgesprochene Strafe vollzogen ist (§ 5 Nr. 1). Es wird somit der Satz ne bis in idem über sein eigentliches Anwendungsgebiet ausgedehnt, insofern einem ausländischen Urteile materielle Rechtskraft zugeschrieben wird, allerdings nur unter der Voraussetzung, daß es entweder auf Freisprechung lautet, oder daß — bei kondemnierendem Inhalte — die erkannte Strafe vollzogen ist. Die im Auslande erkannte Strafe wird also im Inlande nicht vollstreckt. Vielmehr muß ein besonderes Strafverfahren stattfinden. (Anders nur, wenn ein völkerrechtlicher Vertrag entsprechenden Inhalts vorliegt. Vergl. dazu §§ 9. 37). — Ausland bezeichnet hier wie überhaupt in § 5 den Staat, in dem die Handlung begangen wurde. Ebenso Binding 1, 444, Olsh. 2, Oppenh.-Del. 1. 7. A. A. Lammasch GS 41, 14, Rubo 3, Rüd.-Stengl. 2. Soweit nach ausländischem Rechte polizeiliche Strafverfügungen den gerichtlichen Urteilen gleichstehen, muß dies auch in Deutschland anerkannt werden. Ebenso Rüd.-Stengl. 3. Abweichend Binding 1, 445, Olsh. 3.

β. Die Verfolgung (s. o. II a. E.) bleibt ausgeschlossen, wenn sie oder die Strafvollstreckung nach den ausländischen Gesetzen verjährt oder wenn die Strafe im Auslande erlassen ist (§ 5 Nr. 2).

γ. Die Verfolgung bleibt ausgeschlossen, wenn der nach den ausländischen Gesetzen erforderliche Antrag des Verletzten nicht gestellt ist (§ 5 Nr. 3). Berechtigung, Frist und Form der Antragstellung beurteilen sich nach ausländischem Rechte.

δ. Hat der Thäter erst nach Begehung der Handlung die deutsche Nationalität erworben, so muß als weitere Bedingung der inländischen Verfolgung ein Antrag der zuständigen Behörde des Landes hinzukommen, in welchem die strafbare Handlung begangen wurde (§ 4 Abs. 2 zu Nr. 3). Dieser Antrag ist verschieden von dem in den §§ 61 ff. behandelten und unterliegt nicht den für diesen gegebenen Formvorschriften. Welche Behörde die zuständige ist, muß nach der Verfassung des betreffenden Staates oder etwa einschlagenden völkerrechtlichen Verträgen be-

Digitized by Google

messen werden. E 16, 216 (nicht die Staatsanwaltschaft, sondern das auswärtige Amt). — Endlich ist in diesem Falle das ausländische Recht anzuwenden, insoweit es milder ist als das deutsche. Vergl. hierzu § 2 IV.

§ 6.

Im Auslande begangene Übertretungen sind nur dann zu bestrafen, wenn dies durch besondere Gesetze oder durch Verträge angeordnet ist.

I. **Anwendungsgebiet der Stelle.** — Die Stelle schließt sich logisch unmittelbar an § 4 Abs. 1 an und weist wie dieser auf das im § 3 formulierte Territorialprinzip zurück. Wie aber das Territorialprinzip nur für die Strafgesetze des Deutschen Reichs aufgestellt ist, so gilt auch § 6 nur für die nach Reichsrecht, nicht für die nach Landesrecht strafbaren Übertretungen und auch für die ersteren nur dann, wenn der Begehungsort Ausland im Sinne des § 8 ist. Die Frage, ob das Landesrecht auf solche Delikte Anwendung finden kann, die nicht in seinem Herrschaftsgebiete begangen worden sind, wird in der vorliegenden Stelle weder für Übertretungen noch für andere strafbare Handlungen beantwortet. Vielmehr ist hierfür das Landesrecht selbst maßgebend und zwar sowohl dann, wenn der Begehungsort innerhalb des Deutschen Reichs, wie auch dann, wenn er außerhalb desselben liegt. Dagegen steht nach Ansicht vieler der analogen Anwendung der §§ 3—6 nichts entgegen. So besonders v. Bar 273. Dagegen weist Seyferth, Inwiefern sind die Strafgesetze eines deutschen Einzelstaates außerhalb desselben anwendbar? (1900, SA. a. d. Ztschr. f. internat. Privat- u. Strafrecht) mit Recht darauf hin, daß sich diese Ansicht in Widerspruch setzt mit dem Satze nulla poena sine lege poenali. Bei Schweigen der Landesgesetze darf nur eine in ihrem Herrschaftsgebiet begangene Handluug bestraft werden. Seyferth 19. In Preußen ist noch maßgebend das preuß. StGB v. 1851; vergl. Seyferth 31.

Es tritt aber noch die weitere Frage auf: ist ein Einzelstaat berechtigt oder gar verpflichtet, solche Handlungen zu verfolgen, die in dem Gebiete eines andern Einzelstaates begangen und nach dessen Landesrecht strafbar sind? Auch diese Frage beantwortet sich lediglich nach dem Rechte des Staates, um dessen Verfolgungsrecht oder -pflicht es sich handelt. Es ist aber kaum denkbar, daß irgend ein Recht die inländische Bestrafung einer Handlung zulassen sollte, die nur in dem Rechte eines andern Staates für strafbar erklärt ist. Von Bedeutung wird daher die Frage erst dann, wenn die Handlung in beiden Staaten strafbar ist, und für diesen Fall verbindet sich mit ihr die andere, welches Recht anzuwenden ist. In dieser Beziehung ist Grundsatz, daß, sofern nicht das Recht des verfolgenden Staates die Anwendung fremden Rechtes vorschreibt, dessen eigenes angewendet werden muß. Begeht z. B. eine in dem Staate A wohnhafte Person im Staate B einen Forstdiebstahl, so ist sie, wenn überhaupt in A verfolgbar, nur nach dem daselbst geltenden Rechte zu bestrafen. Dies trifft auch dann zu, wenn die Handlung in B als gemeiner Diebstahl erscheint, nach Seyferth 20 ff. auch in dem umgekehrten Falle, daß die Handlung in B ein Forstdiebstahl, in A ein gemeiner Diebstahl ist. Im wesentlichen steht auch E 32, 57 auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht, insofern das RG erklärt, daß das Gericht eines deutschen Staates nicht auf Grund des Landesstrafrechts eines andern verurteilen dürfe.

II. Sehr bestritten ist die Frage, wer zu den im § 6 erwähnten Verträgen und Gesetzen befugt ist; nur das Reich oder auch die Einzelstaaten? Erwägt man, daß den letzteren die Verfolgung der vom Reiche normierten Delikte überlassen ist, so erscheint die zweite Ansicht richtig. Ebenso Hälschner 1, 166, Rüd.-Stengl. 4. A. A. Olsh. 2, Binding 1, 437, Oppenh.-Del. 4, v. Bar 274, die aber z. T. die Einzelstaaten dann für zuständig halten, wenn es sich um die Bestrafung landesrechtlicher Übertretungen handelt.

Digitized by Google

§ 7.

Eine im Auslande vollzogene Strafe ist, wenn wegen derselben Handlung im Gebiete des Deutschen Reichs abermals eine Verurteilung erfolgt, auf die zu erkennende Strafe in Anrechnung zu bringen.

Ein ausländisches Strafurteil macht für das Inland, abgesehen von dem Ausnahmefall des § 5, keine Rechtskraft, auch wird es grundsätzlich im Inlande nicht vollstreckt. Trotz einer im Auslande erfolgten Aburteilung, ja selbst trotz einer im Auslande erfolgten Strafvollstreckung kann daher, muß sogar unter Umständen eine neue Aburteilung im Inlande stattfinden. Zur Vermeidung von Härten bestimmt aber die vorliegende Stelle, daß, wenn im Auslande bereits eine Strafe *verbüßt* wurde, diese auf die inländische angerechnet werden *muß*. Im Gegensatz zu § 60 ist die Anrechnung nicht bloß fakultativ, sondern obligatorisch vorgeschrieben. Im übrigen aber hat sich der Richter hier wie dort von denselben Gesichtspunkten leiten zu lassen. Er muß also zunächst die Strafe ohne Rücksicht auf das Urteil des ausländischen Gerichts festsetzen und sie dann entsprechend ermäßigen oder für verbüßt erklären. Selbstverständlich setzt die Anrechnung ebenso wie bei § 60 *Kommensurabilität* der Strafe voraus. Da inländische und ausländische Strafen selten völlig gleichwertig sein werden, so bleibt dem richterlichen Ermessen ein weiter Spielraum. Jedoch stellen Berner 261 und Lammasch **GS 41**, 7 auch in dieser Beziehung gewisse Rechtsgrundsätze auf. — Ist das Urteil rechtskräftig geworden, ohne daß bisher von vorliegender Stelle die Rede war, so kann eine Wiederaufnahme des Verfahrens nicht stattfinden, auch StPO § 490 findet keine Anwendung.

§ 8.

Ausland im Sinne dieses Strafgesetzes ist jedes nicht zum Deutschen Reich gehörige Gebiet.

I. **Inland und Ausland.** — Der Umfang des Deutschen Reichs wird bestimmt:

1. Durch RV Art. 1. Er fällt hiernach zusammen mit den Grenzen der einzelnen deutschen Staaten und erfährt über diese hinaus diejenigen Erweiterungen, die das Staats- und Völkerrecht als solche anerkennt (Küstengewässer, Luftraum, soweit er von unten aus beherrscht werden kann, Schiffe auf offener See, Staatsschiffe, wo immer sie sich aufhalten). Über Abgrenzung durch Flüsse und über die darüber befindlichen Brücken s. **E 9**, 370. Wegen des Bodensees vergl. Rettich, Die völkerrechtlichen Verhältnisse am Bodensee 1884 (Kondominat) u. v. Martitz in den Annalen des Deutschen Reichs 1884 S. 278 ff. (die Mittellinie entscheide). Wegen Moresnet s. Müller im Archiv für Landeskunde der preußischen Monarchie **5**, 319 ff., zitiert bei Olsh. 2, und **E 31**, 259 (Inland);
2. durch Ges. v. 9./6 1871, betr. die Vereinigung von Elsaß-Lothringen mit dem Deutschen Reiche;
3. durch Ges. v. 15./12 1890, betr. die Vereinigung von Helgoland mit dem Deutschen Reiche.

Alles, was außerhalb des so umgrenzten Gebietes liegt, ist „Ausland" im Sinne des StGB's. Dies gilt namentlich auch für die **Konsulargebiete und die Kolonieen** des Reichs. Allerdings gilt hier wie dort in gewissem Sinne das deutsche Strafrecht. Nach § 4 des jetzt aufgehobenen Ges. v. 10./7 1879 war vor den Konsulargerichten „anzunehmen", daß das deutsche Strafrecht Geltung habe, und diese Bestimmung wurde durch Ges. v. 17./4 1886 § 2 auf die Gerichte in den Schutzgebieten übertragen. Hieraus folgerte die herrschende Lehre, daß Konsulargerichtsbezirke und Kolonieen im Sinne des StGB's als Inland an-

Digitized by Google

zusehen seien. S. bes. G. Meyer, Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete (1888) 103, derselbe, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts 3. Aufl. 180, v. Stengel i. d. Annalen des Deutschen Reichs 1895 S. 617 und Zorn, Staatsrecht d. Deutschen Reichs 2. Aufl. 577. Dem war vor allem entgegenzuhalten, daß nach § 8 der Begriff des Inlandes keineswegs identisch ist mit dem Geltungsgebiete des StGB's, sondern sich einfach nach staatsrechtlichen Grundsätzen bestimmt. Vergl. Frank in der DJZ 1, 128 ff. und Beling 83, derselbe, Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität (1896) 185 und Ztschr. 17, 308. Der hier vertretenen Ansicht, deren Konsequenzen sich bei § 4 zeigen, hat sich nunmehr auch die Gesetzgebung angeschlossen. Das neue Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit v. 7./4 1900 sieht in § 26 ausdrücklich eine Kaiserliche Verordnung darüber vor, inwieweit die Konsulargerichtsbezirke im Sinne der Straf- (und gewisser anderer) Gesetze als Inland anzusehen sind. v. Liszt § 22 hält auch jetzt noch an der herrschenden Ansicht fest unter Berufung auf § 19 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit und § 3 des Schutzgebietsgesetzes.

II. Diejenigen völkerrechtlichen Sätze, welche eine Ausdehnung des Inlandgebiets bewirken, haben umgekehrt auch eine Einschränkung desselben zur Folge. Deshalb gelten fremde Staatsschiffe (aber nicht Handelsschiffe, E 2, 17) auch dann als Ausland, wenn sie sich in deutschen Küstengewässern aufhalten. Dagegen wird die Exterritorialität der Botschafterhotels im heutigen Völkerrechte nur noch insoweit anerkannt, als erforderlich ist, um die persönliche Unverletzlichkeit des Gesandten und seiner Begleitung zu garantieren. E 3, 70.

III. § 8 bestimmt den Begriff des Auslandes und damit auch den des Inlandes nur für das Gebiet des StGB's, namentlich also nicht für die Landesgesetze. Wichtig wegen § 6.

IV. Über die Rechtsverhältnisse in den deutschen Kolonieen s. außer den unter I zitierten Werken besonders noch v. Stengel i. d. StG d. Ggw. 2, 385 ff.

§ 9.

Ein Deutscher darf einer ausländischen Regierung zur Verfolgung oder Bestrafung nicht überliefert werden.

I. Sogenanntes **Prinzip der Nichtauslieferung der Nationalen.** Der Umstand, daß im Auslande bereits eine rechtskräftige Verurteilung erfolgte, steht dem Prinzip nicht entgegen; ebensowenig aber einer wiederholten inländischen Aburteilung. Vergl. § 7. Über „Ablieferung" von seiten einer Bundesregierung an eine andere s. GVG Tit. 13.

II. Die vom Deutschen Reiche abgeschlossenen Auslieferungsverträge s. bei Hetzer Deutsche Auslieferungsverträge (1885), Staudinger, Sammlung von Staatsverträgen des Deutschen Reichs (1882. 1884), Kurtz, Hilfsbuch für Strafvollzugs-Angelegenheiten (1893) und v. Martitz, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen 2 (1897) Anhang, Verzeichnis bei v. Liszt § 23.

§ 10.

Auf deutsche Militärpersonen finden die allgemeinen Strafgesetze des Reichs insoweit Anwendung, als nicht die Militärgesetze ein anderes bestimmen.

I. Für **Militärpersonen** haben „die allgemeinen Strafgesetze des Reichs" nur subsidiäre Bedeutung. Primär unterstehen sie dem MStGB v. 20./6 1872. Dieses (§ 4) ist auch für den Begriff der Militärperson maßgebend: „Personen des Soldatenstandes und die Militärbeamten, welche zum Heer oder zur Marine gehören". Die nähere Aufzählung

Digitized by Google

enthält das dem MStGB beigefügte „Verzeichnis der zum Deutschen Heer und zur Kaiserlichen Marine gehörenden Militärpersonen". Außerdem sind das Wehrgef. v. 9./9 1867 und das RMG v. 2./5 1874 zu vergleichen. Personen des Beurlaubtenstandes unterstehen dem Militärstrafrechte grundsätzlich nur, solange sie sich im Dienste befinden. Im Dienste befinden sich aber nach E 12, 319 auch die zu einer Kontrollversammlung Einberufenen bis zum Ablauf des betreffenden Tages.

II. Die Frage, ob jemand in materieller Beziehung den Militärstrafgesetzen unterstehe, ist wohl zu unterscheiden von der prozessualen, ob er der Militärgerichtsbarkeit unterworfen ist. Die MStGO sucht allerdings das Herrschaftsgebiet des materiellen und des formellen Militärstrafrechts auszugleichen; so unterwirft sie § 1 Nr. 8 der Militärgerichtsbarkeit namentlich auch solche Personen, auf die, ohne daß sie Militärpersonen wären, nach MStGB §§ 155. 157. 158. 166 das materielle Militärstrafrecht in gewissem Umfange angewendet wird, wenn und solange das der Fall ist. Vergl. ferner MStGO § 5 Nr. 1 und 4. Immerhin bleiben noch Fälle übrig, in denen zwar das MStGB anzuwenden, aber kein militärischer Strafgerichtsstand begründet ist, z. B. bei Teilnahme eines Nichtmilitärs bei einem militärischen Delikt. Anderseits kann es sein, daß eine Sache vor die Militärgerichte gehört, aber sich nicht nach dem MStGB beurteilt, z. B. MStGO § 11.

§ 11.

Kein Mitglied eines Landtags oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats darf außerhalb der Versammlung, zu welcher das Mitglied gehört, wegen seiner Abstimmung oder wegen der in Ausübung seines Berufes gethanen Äußerung zur Verantwortung gezogen werden.

I. Daß Reichstagsabgeordnete wegen ihrer Abstimmung oder wegen der in Ausübung ihres Berufs gethanen Äußerungen weder gerichtlich noch disziplinarisch zur Verantwortung gezogen werden dürfen, bestimmt Art. 30 der RV. Die vorliegende Stelle will das gleiche Privileg für die Abgeordneten der Landtage und Kammern der Einzelstaaten schaffen oder aufrechterhalten. Dabei kommt es natürlich nicht auf den Namen Kammer oder Landtag an, sondern nur darauf, daß eine den Staat repräsentierende Versammlung in Frage steht. Ob hierher auch die Bürgerschaften der freien Städte gehören, ist deshalb bestritten, weil sie an der Souveränität teilhaben (Binding 1, 674, v. Liszt § 24), aber gleichwohl sicher. Vergl. bes. Hubrich, Die parlamentarische Redefreiheit und Disziplin (1899) 354. Anderseits steht fest, daß Provinzialtage, Kommunallandtage, Kreistage und andere Organe der Selbstverwaltung ebensowenig hierher gehören, wie kirchliche Synodalversammlungen. Denn keine dieser Versammlungen repräsentiert den Staat. Ebenso sicher ist es, daß die Mitglieder des Bundesrats oder der Regierung eines Einzelstaats als solche kein Privileg genießen. Nur kann ihnen bei Beleidigungen § 193 zur Seite stehen. An sich würden auch die Mitglieder des Landesausschusses für Elsaß-Lothringen nicht durch die vorliegende Stelle geschützt werden; jedoch ergiebt sich ihre Gleichstellung mit den Mitgliedern eines staatlichen Landtags aus Art. I des EG f. Elsaß-Lothringen (s. Anhang).

II. Das Privileg wird gelegentlich als **Wortprivileg** bezeichnet, weil es sich nur auf die Abstimmung und auf die in Ausübung des Berufs gethanen Äußerungen bezieht. Wegen einer „in Ausübung des Berufs" vorgenommenen Prügelei ist mithin die Strafbarkeit nicht ausgeschlossen. Anderseits aber darf man nicht so weit gehen, den Begriff der Äußerung nur auf mündliche Erklärungen zu beziehen. Vielmehr sind auch solche Gedankenäußerungen straflos, die durch Mienen oder sonstige konkludente Handlungen erfolgen. Z. B. Nicken oder Schütteln des Kopfes, auch Sitzenbleiben bei einem Hoch auf den Landesherrn. Ebenso v. Liszt § 24, Olsh. 3, Rüd.-Stengl. 1, Hubrich 360. A. A. Binding 1, 675.

Digitized by Google

III. Die Verfolgung ist bei Äußerungen nur dann ausgeschlossen, wenn sie in Ausübung des Berufs gefallen sind. Ob in den Geschäftsräumen der Versammlung, ist gleichgiltig. Was zur Ausübung des Berufs gehört, kann nur im einzelnen geprüft werden. Jedenfalls gehören Äußerungen in Kommissionen, Deputationen hierher, dagegen nicht in Fraktionssitzungen, auch nicht Berichterstattung an die Wähler, noch weniger Wahlreden. Ob auch Zwischenrufen das Privileg zur Seite steht, ist bestritten. Überwiegende Gründe sprechen für die Bejahung. Vergl. Hubrich 363, der die Gebräuche des betr. Parlaments für entscheidend hält. Bei der Abstimmung ist die Beschränkung auf den Beruf selbstverständlich.

IV. Indem das Gesetz verbietet, den Abgeordneten außerhalb der Versammlung zur Verantwortung zu ziehen, schließt es nicht nur die strafrechtliche, sondern auch die disziplinare Verfolgung (nämlich eines unmittelbaren oder mittelbaren Staatsbeamten, vergl. Schwedler, Parlamentarische Rechtsverletzungen [1898] 23 ff.) aus. Ebenso Hubrich 388 ff., dem jetzt auch Olsh. 4 beitritt. A. A. v. Liszt § 24. (Allerdings überschreitet das Gesetz bei der hier vertretenen Auslegung die Zuständigkeit der Reichsgesetzgebung.) Zu weitgehend Binding 1, 676, Olsh. 4, wenn sie auch die zivilrechtliche Verfolgung für unzulässig halten. — Über die Frage der Kompensationsfähigkeit beleidigender Äußerungen eines Abgeordneten s. § 199.

V. Das Privileg ist ein höchst persönliches, ein sog. subjektiver Strafausschließungsgrund, kommt also dritten Beteiligten nicht zu gute. Daher ist der Wähler wegen Anstiftung zu der von dem Abgeordneten im Landtag begangenen Majestätsbeleidigung strafbar. Nur bei Beleidigung kann ein objektiver Strafausschließungsgrund angenommen werden, jedoch nicht gemäß der vorliegenden Stelle, sondern gemäß § 193.

§ 12.

Wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen eines Landtags oder einer Kammer eines zum Reich gehörigen Staats bleiben von jeder Verantwortlichkeit frei.

I. Nach Art. 22 der RV sind wahrheitsgetreue Berichte über Verhandlungen in den öffentlichen Sitzungen des Reichstags von jeder Verantwortlichkeit frei. Das Plenum des Reichstags verhandelt nach derselben Stelle nur öffentlich. Kein Privileg genießen demnach Berichte über geheime Verhandlungen des Reichstags, als welche nur die Kommissionsverhandlungen in Frage kommen können (bestritten). Zur Ergänzung privilegiert § 12 wahrheitsgetreue Berichte über alle, mithin auch über nicht öffentliche Verhandlungen eines Landtags oder einer Kammer der Einzelstaaten. Eine Erstreckung des Privilegs in dieser Weise war durch den Umstand geboten, daß das partikulare Staatsrecht auch nichtöffentliche Sitzungen des Plenums kennt. A. A. Binding 1, 681. Entsprechend sowohl ihrem Wortlaute als auch ihrem Verhältnis zu RV Art. 22, kann auch die vorliegende Stelle nur auf Berichte über Plenarverhandlungen bezogen werden. So die herrschende Lehre. Ungerechtfertigt aber ist es, wenn sie Hubrich, Die parlamentarische Redefreiheit und Disziplin (1899) 485 nur auf öffentliche Sitzungen bezieht. Vergl. auch dessen Abhdlg. i. d. Annalen des Deutschen Reichs 1897 S. 1 ff. Gegen ihn bes. Olsh. 5.

II. In welcher Weise der Bericht erstattet wird, ob mündlich oder schriftlich, ist gleichgiltig. Erforderlich dagegen ist folgendes:

1. Der Bericht muß sich beziehen auf die (Plenar-) Verhandlung eines Landtags oder einer Kammer in dem § 11 I entwickelten Sinne. Unter Verhandlung wird man zu verstehen haben einen zeitlich und sachlich zusammengehörigen Teil der in dem Parlament gethanen Äußerungen. Zu eng Hubrich, Redefreiheit 486, nach dessen Definition persönliche Bemerkungen niemals unter den Begriff der Verhandlungen

Digitized by Google

fallen könnten. Aus dem Zusammenhang gerissene Bemerkungen haben keinen Anspruch auf das Privileg, selbst wenn sie so wiedergegeben werden, wie sie gemacht wurden. Anderseits braucht sich der Bericht nicht auf die Verhandlung im ganzen zu erstrecken, erforderlich ist nur, daß er „einen in sich abgeschlossenen Teil dem wirklichen Vorgang entsprechend wiedergiebt". So Olsh. 6;

2. der Bericht muß wahrheitsgetreu sein. Dies ist er dann, wenn er die Verhandlungen so wiedergiebt, wie sie stattgefunden haben. Wortgetreue Darstellung kann indessen nicht verlangt werden. Es genügt eine, wenn auch abgekürzte, Wiedergabe, die sich als ein objektives Referat auffassen läßt. Vergl. E 18, 207.

III. Seinem Inhalte nach bedeutet das Privileg Freiheit von jeder Verantwortlichkeit, sowohl krimineller wie disziplinarer; insbesondere findet auch § 42 keine Anwendung. Und zwar ist die Straflosigkeit jederzeit eine objektive, kommt also nicht nur dem Berichterstatter, sondern auch dritten Beteiligten zu gute. Dagegen bleibt nach richtiger Ansicht eine etwa begründete zivilrechtliche Haftung unberührt. Auch die Straffreiheit bezieht sich nur auf den Inhalt der Mitteilung. E 28, 45. Es wird also (bei gedruckter Berichterstattung) der Thatbestand eines Preßdeliktes ausgeschlossen. Sehr wohl kann aber etwa durch Zuwiderhandlung gegen Preßgesetz §§ 6 ff. ein Preßpolizeidelikt begangen werden.

Erster Teil.

Von der Bestrafung der Verbrechen, Vergehen und Übertretungen im allgemeinen.

Erster Abschnitt.

Strafen.

I. Wie bereits zu EG §§ 5. 6 bemerkt wurde, bezieht sich das StGB lediglich auf die **eigentliche oder kriminelle Strafe.** Die Disziplinarstrafe, die Ordnungsstrafe, der Strafzwang und die Konventionalstrafe werden von ihm nicht berührt. Wenn nun auch sicher ist, daß keine der vom StGB angedrohten Deliktsfolgen unter eine dieser Kategorieen fällt, so ist doch bestritten, ob sie sich alle dem Begriffe der Strafe unterordnen, oder ob sie nicht vielleicht in anderer Weise namentlich als Privatgenugthuung oder als polizeiliche Maßregeln zu qualifizieren sind. Ebenso bestritten ist die Frage, ob gewisse in den Landesgesetzen auftretende Deliktsfolgen unter den Begriff der Strafe fallen oder nicht. Die Tragweite dieser Streitfragen zeigt sich hauptsächlich bei folgenden Punkten:

1. Ist eine gewisse Deliktsfolge Strafe, so kann sie von der Landesgesetzgebung nur dann angedroht werden, wenn sie auch dem RStGB bekannt ist. Vergl. EG §§ 5. 6.
2. Nur die als Strafen, nicht aber die als Privatgenugthuung zu qualifizierenden Maßregeln können im Gnadenwege erlassen werden.
3. Nur die als Privatgenugthuung, aber nicht die als Strafen zu qualifizierenden Maßregeln können im Wege der Vereinbarung unter den Beteiligten erlassen werden. Vergl. E 31, 334.
4. Nur die Strafen unterliegen der im StGB normierten Vollstreckungsverjährung.
5. Bei Idealkonkurrenz mehrerer Delikte absorbiert die strengere Strafe zwar die mildere, aber nicht die außerhalb der Strafe liegenden Deliktsfolgen. Vergl. § 73.

Digitized by Google

Eine genauere Entwicklung des Begriffs der Strafe kann an dieser Stelle nicht gegeben werden. S. darüber außer den Lehrbüchern namentlich Merkel, Kriminalistische Abhandlungen (1867) 1, 57 ff. und Binding, Normen (2. Aufl.) 1, 270 ff. Hier genügt es darauf hinzuweisen, daß jede Strafe dem gesetzgeberischen Gedanken nach ein wegen der That gegen den Schuldigen verhängtes Leiden sein soll. Nur da, wo eine Maßregel den Zweck verfolgt, einen Schuldigen leiden zu lassen, erscheint sie als Strafe. Thatsächlich werden alle hier überhaupt in Frage kommenden Maßregeln ein Leiden bewirken. Aber nicht auf den thatsächlichen Erfolg, sondern auf den Zweck kommt es an. So namentlich E 14, 161.

II. Hiernach scheiden aus dem Begriffe der Strafe folgende als **polizeiliche Präventivmaßregeln** zu charakterisierende Deliktsfolgen aus:

1. Die Polizeiaufsicht. Häufig als Nebenstrafe aufgefaßt; s. § 38.
2. Die Einziehung von Gegenständen. Jedoch kann diese auch als Strafe erscheinen. S. § 40.
3. Unbrauchbarmachung von Schriften usw. §§ 41. 42. S. auch Ges. v. 19./6 1901 § 43.
4. Überweisung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt. §§ 56. 181a. 362.
5. Unfähigkeitserklärung, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden. § 161. Meist als Strafe aufgefaßt.
6. Verweisung aus dem Bundesgebiete. S. § 284.
7. Unfähigkeit zur Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste. § 319. Dagegen nehmen Olsh. 3 zum ersten Abschnitte, v. Liszt § 59 und Meves Arch. 45, 312 an, daß es sich um eine Nebenstrafe handle. Es scheint mir aber sicher zu sein, daß die Rücksichten auf den öffentlichen Verkehr vorwiegen.
8. Überweisung an die Landespolizeibehörde. Ebenfalls häufig als Nebenstrafe aufgefaßt. S. § 362.

III. Ferner scheiden aus dem Begriffe der Strafe folgende Fälle der **Privatgenugthuung** für den Verletzten aus:

1. Öffentliche Bekanntmachung des Strafurteils. §§ 165. 200 (auch in Nebengesetzen, z. B. Ges. zum Schutz der Warenbezeichnungen v. 12./5 1894 § 19). Umgekehrt hat sie den Charakter einer Genugthuung für den unschuldig Verfolgten in den Fällen des Nahrungsmittelges. v. 14./5 1879 § 16 Abs. 2, der StPO § 411, des Ges. z. Bekämpfung d. unlaut. Wettbewerbs v. 27./5 1896 § 13.
2. Die Buße. §§ 188. 231. Sehr häufig in Nebengesetzen, z. B. Patentges. vom 7./4 1891 § 37, Ges. z. Bekämpfung d. unlaut. Wettbewerbs § 14. Die Natur der Buße war früher sehr bestritten. Als Privatstrafe wird sie angesehen z. B. von Heinze in Holtzend. Handb. 2, 636, als eine Kombination von Strafe und Schadenersatz von Wächter, Die Buße (1874), Merkel 235. Daß die Buße aber in keiner Beziehung Strafe ist, ergiebt sich schon aus dem Wortlaute der einschlägigen Bestimmungen, die wiederholt die Buße „neben" der Strafe zulassen. Vielmehr ist sie eine Entschädigung, auf die ausnahmsweise der Strafrichter erkennen kann. Der Ausdruck „Entschädigung" schließt aber die Vorstellung in sich, als handle es sich lediglich um den Ersatz eines materiellen, in Geld schätzbaren Schadens (vergl. jedoch BGB § 847). Diese Einschränkung kann indessen nicht aus dem Gesetze entnommen werden. Es empfiehlt sich deshalb der Ausdruck Privatgenugthuung, um erkennbar zu machen, daß auch ideelle, psychische oder sonstige unschätzbare Nachteile in der Buße ihren Ausdruck finden können. (Abweichend jedoch § 188.) So die herrschende Lehre, bes. E 15, 352 (Verlust der Zeugungsfähigkeit), 31, 334, Reinhardt, Geldstrafe und Buße (1890), Rosenfeld, Die Nebenklage (1900) 164 ff., v. Dohna, Die Stellung der Buße (1902).

IV. Innerhalb der Strafen im eigentlichen Sinne des Worts ist die Unterscheidung von **Haupt- und Nebenstrafen** von Wichtigkeit. Hauptstrafen sind diejenigen, welche für

Digitized by Google

sich allein erkannt werden können, Nebenstrafen diejenigen, die nur in Verbindung mit einer Hauptstrafe ausgesprochen werden (s. jedoch § 37).

1 Hauptstrafen sind: Todes-, Zuchthaus-, Gefängnisstrafe, Festungshaft, Haft, Geldstrafe, Verweis (§§ 13—27. 57 Nr. 4).

2. Nebenstrafen sind: Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (§ 32), Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter (§§ 35. 128. 129. 358), Verlust der bekleideten Ämter und der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte (§§ 81. 83. 84. 87—91. 94. 95), Einziehung (s. jedoch oben II) und Verfallerklärung der bei der Bestechung empfangenen Leistung (§ 335).

Wegen der in den deutschen Schutzgebieten zulässigen Strafmittel s. v. Stengel i. d. StG d. Ggw. 2, 387 ff.

V. Über die verschiedenen Arten der Strafdrohung s. § 2 II.

§ 13.

Die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken.

I. Während die zivile Todesstrafe stets durch Enthauptung vollzogen wird, ist bei der militärischen zu unterscheiden, ob sie wegen eines gemeinen oder wegen eines militärischen Verbrechens verhängt wurde. Im ersten Falle Enthauptung, im zweiten Erschießen. Jedoch auch im ersten Falle Erschießen, wenn die Strafe im Feld vollstreckt wird. MStGB § 14, MStGO §§ 452 ff.

Wie die Enthauptung vorzunehmen ist, bestimmt sich nach Landesrecht (Beil oder Fallbeil).

Weitere Vorschriften über die Vollstreckung s. StPO §§ 485 (Bestätigung des Urteils nicht erforderlich, dagegen muß die Begnadigung ausdrücklich abgelehnt werden; keine Vollstreckung an Schwangeren oder Geisteskranken), 486 (Intramuranhinrichtung, Solennitätszeugen, Herausgabe des Leichnams an die Angehörigen). Ferner Schutzgebietsgef. v. 25./7 1900 § 6 Nr. 5 und dazu Verordnung v. 9./11 1900 § 9 (Enthaupten, Erschießen oder Erhängen).

II. Anwendungsgebiet der Todesstrafe: §§ 80. 211; Sprengstoffgef. v. 9./6 1884 § 5; Ges. betr. die Bestrafung des Sklavenraubes v. 28./7 1895 § 1; MStGB §§ 58. 60. 63. 71—73. 84. 95. 97. 107. 108. 133. 141. 159; s. EG § 4. Gegen Jugendliche ist die Todesstrafe unzulässig. § 57 Nr. 1.

§ 14.

Die Zuchthausstrafe ist eine lebenslängliche oder eine zeitige.

Der Höchstbetrag der zeitigen Zuchthausstrafe ist funfzehn Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Jahr.

Wo das Gesetz die Zuchthausstrafe nicht ausdrücklich als eine lebenslängliche androht, ist dieselbe eine zeitige.

§ 15.

Die zur Zuchthausstrafe Verurteilten sind in der Strafanstalt zu den eingeführten Arbeiten anzuhalten.

Sie können auch zu Arbeiten außerhalb der Anstalt, insbesondere zu öffentlichen oder von einer Staatsbehörde beaufsichtigten Arbeiten verwendet werden. Diese Art der Beschäftigung ist nur dann zulässig, wenn die Gefangenen dabei von anderen freien Arbeitern getrennt gehalten werden.

Digitized by Google

I. Die Zuchthausstrafe ist die schwerste Freiheits-, die Hauptverbrechensstrafe (§ 1), charakterisiert durch obligatorischen Arbeitszwang (§ 15) und ipso jure eintretende Ehrenfolgen (§ 31). Obligatorisch heißt der Arbeitszwang deshalb, weil er von der Zuchthausverwaltung durchgeführt werden muß. Anderseits hat auch der Sträfling ein Recht auf Arbeit. Unterscheide: Innenarbeit und Außenarbeit. Auch der letzteren muß sich der Sträfling auf Verlangen unterziehen (vergl. dagegen § 16 Abs. 3). In seiner Rechtsstellung wird er nur dann geschädigt, wenn er dabei genötigt wird, in räumlicher Gemeinschaft mit freien Arbeitern zusammen zu sein. Welche Arbeit dem Sträfling zugewiesen wird, ist Sache der Verwaltung. Er hat kein Recht auf eine bestimmte Art von Arbeit, nicht einmal auf Berücksichtigung seiner individuellen Fähigkeiten und Verhältnisse (dagegen § 16 Abs. 2), muß sich vielmehr den „eingeführten", d. h. den ihm zugewiesenen Arbeiten unterziehen. [1] [2])

II. Über die Bemessung der Zuchthausstrafe s. § 19 Abs. 3. — Gegen Jugendliche ist sie unzulässig. § 57 Nr. 3.

§ 16.

Der Höchstbetrag der Gefängnisstrafe ist fünf Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Tag.

Die zur Gefängnisstrafe Verurteilten können in einer Gefangenanstalt auf eine ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessene Weise beschäftigt werden; auf ihr Verlangen sind sie in dieser Weise zu beschäftigen.

Eine Beschäftigung außerhalb der Anstalt (§ 15) ist nur mit ihrer Zustimmung zulässig.

I. Die Gefängnisstrafe ist die zweitschwerste Freiheits-, die eigentliche Vergehensstrafe (s. § 1), charakterisiert durch fakultativen, d. h. nach Ermessen der Verwaltung auszuübenden Arbeitszwang, bei dem aber die Fähigkeiten und Verhältnisse der Sträflinge zu berücksichtigen sind. Bei der militärischen Gefängnisstrafe tritt insofern eine Beschränkung ein, als die Beschäftigung stets zu militärischen Zwecken zu erfolgen hat. MStGB § 15. Ebenso wie der Zuchthaussträfling hat der Gefängnissträfling ein Recht auf Arbeit. Außenarbeit ist nur mit Zustimmung des Sträflings zulässig. Anders bei der militärischen Gefängnisstrafe gegen Unteroffiziere und Gemeine. MStGB § 15. Ipso jure sind Ehrenfolgen mit der Gefängnisstrafe nicht verbunden. Doch können neben ihr unter gewissen Voraussetzungen Ehrenfolgen ausgesprochen werden. S. bes. §§ 32. 35. 161. Außerdem kann Verurteilung zu Gefängnis Anlaß zur Amtsentsetzung geben (z. B. GVG § 128; auch MStGB § 34). Zivilrechtlich hat die Verurteilung zu Gefängnisstrafe insofern Bedeutung, als der Vater und event. auch die Mutter die elterliche Gewalt verwirken, wenn sie wegen eines an dem Kinde begangenen Verbrechens oder vorsätzlichen Vergehens zu einer Gefängnisstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt werden. BGB § 1680.

II. Im Gegensatz zur Zuchthausstrafe ist die bürgerliche Gefängnisstrafe stets nur eine zeitige. Anders die militärische (MStGB § 16). Minimum der bürgerlichen 1 Tag, der militärischen 6 Wochen und 1 Tag (MStGB § 17). So auch E 30, 277. Regelmäßiges Maximum der bürgerlichen 5 Jahre; Überschreitung möglich in den Fällen der

---

1) Über den Vollzug der gerichtlich erkannten Freiheitsstrafen überhaupt haben die deutschen Regierungen gewisse „Grundsätze" vereinbart. S. Deutsch. Reichsanzeiger v. 8./11 1897. Abgedruckt in einer Besprechung von Aschrott Ztschr. 18, 384 ff.

2) Jedem Sträflinge kann gemäß BGB § 1911 Abs. 2 ein Abwesenheitspfleger bestellt werden, sofern seine Vermögensangelegenheiten einer Fürsorge bedürfen. Darin liegt aber nichts der Zuchthausstrafe eigentümliches. Ebensowenig in der Unfallsfürsorge für Gefangene. S. Ges. v. 30./6 1900.

Digitized by Google

§§ 57 Nr. 1. 74 Abs. 3. Die militärische zeitige Gefängnisstrafe kann regelmäßig 15 Jahre erreichen. MStGB § 16.

III. Über die Frage, wo die bürgerliche Gefängnisstrafe zu vollziehen ist, enthält das Gesetz keine bestimmte Vorschrift (vergl. dagegen § 17 Abs. 4 und MStGB § 15). Man kann höchstens sagen, daß es eine Gefangenanstalt als den selbstverständlichen Ort der Vollziehung ansieht. Daher kann die Landesgesetzgebung das Nähere bestimmen. Giltig ist deshalb das preuß. Ges. v. 29./5 1879, die Rechtsverhältnisse der Studierenden betr., welches in § 6 zuläßt, daß Freiheitsstrafen gegen Studierende bis zu 2 Wochen auf Antrag der gerichtlichen Behörden im akademischen Karzer verbüßt werden können. Ebenso Olsh. 4, Oppenh.-Del. 4, Meyer 358.

§ 17.

Die Festungshaft ist eine lebenslängliche oder eine zeitige.

Der Höchstbetrag der zeitigen Festungshaft ist funfzehn Jahre, ihr Mindestbetrag Ein Tag.

Wo das Gesetz die Festungshaft nicht ausdrücklich als eine lebenslängliche androht, ist dieselbe eine zeitige.

Die Strafe der Festungshaft besteht in Freiheitsentziehung mit Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise der Gefangenen; sie wird in Festungen oder in anderen dazu bestimmten Räumen vollzogen.

I. Die Festungshaft findet sich bei Verbrechen und Vergehen (§ 1). Sie ist die drittschwerste Freiheitsstrafe mit dem Charakter einer custodia honesta. (Nicht zu verwechseln mit dem „Festungsgefängnis"; so nennt man die militärische Gefängnisstrafe, wenn sie in der Festung vollstreckt wird, vergl. MStGB § 15.) Daher nur angedroht in Fällen, bei welchen die Ehrenhaftigkeit des Motivs geschätzt wird (2. Tl. Abschn. 1—5, ferner §§ 130a. 201 ff. 345), daher kein Arbeitszwang, umgekehrt aber auch kein Anspruch auf Beschäftigung. Vollstreckung braucht nicht notwendig in Festungen zu erfolgen.

II. Festungshaft wie Zuchthaus sowohl lebenslänglich als zeitig. Minimum der militärischen 6 Wochen 1 Tag (MStGB § 17). Im übrigen ist die militärische Festungsstrafe von der bürgerlichen nicht verschieden. Die Behauptung Heckers (Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts [1887] S. 52), daß sich der militärische Festungsgefangene gemäß MStGB § 15 nur mit militärischen Dingen beschäftigen dürfe, ist nicht haltbar.

§ 18.

Der Höchstbetrag der Haft ist sechs Wochen, ihr Mindestbetrag Ein Tag.

Die Strafe der Haft besteht in einfacher Freiheitsentziehung.

I. Haft als leichteste und stets nur zeitige Freiheits- (Übertretungs-)strafe soll in einfacher Freiheitsentziehung bestehen. Arbeitszwang ist somit ebenso ausgeschlossen wie Anspruch auf Beschäftigung. Die wiederholt aufgestellte Behauptung (Olsh. 5, Rüd.-Stengl. 2), daß Haftsträflinge nicht außerhalb der Anstalt beschäftigt werden dürften, trifft nicht zu. Richtig ist nur, daß sie nicht wider ihren Willen zur Arbeit, also auch nicht zu Außenarbeit angehalten werden können. Wenn auch eine Beaufsichtigung der Beschäftigung und Lebensweise des Gefangenen nicht ausdrücklich wie bei der Festungshaft zugelassen ist, so muß sie doch, weil durch die Hausordnung geboten, als selbstverständlich angesehen werden.

Digitized by Google

II. Einen thatsächlich andern Charakter erlangt die Haftstrafe da, wo ausnahmsweise Arbeitszwang zulässig ist, s. § 362. Der Vollzug nähert sich hier dem der Zuchthausstrafe.

§ 19.

Bei Freiheitsstrafen wird der Tag zu vierundzwanzig Stunden, die Woche zu sieben Tagen, der Monat und das Jahr nach der Kalenderzeit gerechnet.

Die Dauer einer Zuchthausstrafe darf nur nach vollen Monaten, die Dauer einer anderen Freiheitsstrafe nur nach vollen Tagen bemessen werden.

I. Nach Abs. 1 ergiebt sich die Möglichkeit, die Dauer jeder Freiheitsstrafe nach Tag und Stunde zu bemessen. Da nach Abs. 2 auf Bruchteile von Tagen niemals erkannt werden darf, so folgt, daß die Stunde der Entlassung genau der Stunde der Einlieferung entsprechen muß (computatio naturalis a momento ad momentum). Im übrigen kann sich die Länge der nach Monaten erkannten Strafen durch die Ungleichheit der Monate verschieden gestalten.

II. Abs. 2 verbietet nicht etwa, eine Zuchthausstrafe nach Jahren, eine Gefängnisstrafe nach Wochen, Monaten oder Jahren zu verhängen, sondern die Stelle untersagt lediglich bei der Zuchthausstrafe Bruchteile von Monaten, bei andern Freiheitsstrafen Bruchteile von Tagen. Daher ist auch jede Art der Verhängung unzulässig, die *indirekt* bei der Zuchthausstrafe auf Bruchteile von Monaten, bei andern Freiheitsstrafen auf Bruchteile von Tagen führen kann. Z. B. ½ Monat Gefängnis (= 14 oder 15 oder 15 ½ Tag). R 3, 415.

III. Die Bestimmung, daß die Zuchthausstrafe nur nach vollen Monaten bemessen werden darf, erleidet Ausnahmen durch die Vorschriften der §§ 28 Abs. 3. 74. 79. So die herrschende Lehre. E 4, 161, R 3, 415. Über die Frage, ob auch wegen der Bemessung der andern Freiheitsstrafen eine Ausnahme zuzulassen ist, vergl. § 74 III 2.

§ 20.

Wo das Gesetz die Wahl zwischen Zuchthaus und Festungshaft gestattet, darf auf Zuchthaus nur dann erkannt werden, wenn festgestellt wird, daß die strafbar befundene Handlung aus einer ehrlosen Gesinnung entsprungen ist.

I. Zuchthaus und Festungshaft werden wahlweise angedroht in den §§ 81. 83—86. 88. 89. 94. 96. 100. 105. 106. Stellt hier der Richter ehrlose Gesinnung fest, so wird er dadurch nur *berechtigt*, aber nicht verpflichtet, auf Zuchthaus zu erkennen. Erkennt er auf Zuchthaus, so steht es wiederum in seinem Ermessen, ob er den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte aussprechen will oder nicht (§ 32).

II. Sind Zuchthaus und *Gefängnis* wahlweise angedroht, so bindet § 20 den Richter nicht, doch wird er vernünftigerweise von den gleichen Erwägungen ausgehen.

§ 21.

Achtmonatliche Zuchthausstrafe ist einer einjährigen Gefängnisstrafe, achtmonatliche Gefängnisstrafe einer einjährigen Festungshaft gleich zu achten.

In einer Reihe von Fällen ist es erforderlich, eine Freiheitsstrafe in eine andere umzuwandeln. S. §§ 28. 44. 49. 74. 79. 157. 158. Für die Umwandlung giebt § 21 den Maßstab.

Digitized by Google

§ 22.

Die Zuchthaus- und Gefängnisstrafe können sowohl für die ganze Dauer, wie für einen Teil der erkannten Strafzeit in der Weise in Einzelhaft vollzogen werden, daß der Gefangene unausgesetzt von anderen Gefangenen gesondert gehalten wird.

Die Einzelhaft darf ohne Zustimmung des Gefangenen die Dauer von drei Jahren nicht übersteigen.

Einzelhaft wird nur bei Zuchthaus- und Gefängnisstrafe erlaubt, ist mithin bei Festungs- und Haftstrafe unzulässig. Ob Zuchthaus- und Gefängnisstrafe in Einzel- oder Gesamthaft vollstreckt werden, hängt von dem Ermessen der Verwaltung und der Einrichtung der Strafanstalten ab, es sei denn, daß in den Partikularstaaten gesetzliche Bestimmungen vorhanden wären, die natürlich gegen das Reichsrecht nicht verstoßen dürfen. Die Dauer der Einzelhaft aber ist reichsrechtlich beschränkt. Sie darf während der ganzen Strafzeit 3 Jahre nicht übersteigen. Wird die Strafe zum Teil in Gesamthaft vollstreckt, so darf die Summe der in Einzelhaft verbrachten Zeitteile nur mit Zustimmung des Sträflings mehr als 3 Jahre betragen.

§ 23.

Die zu einer längeren Zuchthaus- oder Gefängnisstrafe Verurteilten können, wenn sie drei Vierteile, mindestens aber Ein Jahr der ihnen auferlegten Strafe verbüßt, sich auch während dieser Zeit gut geführt haben, mit ihrer Zustimmung vorläufig entlassen werden.

§ 24.

Die vorläufige Entlassung kann bei schlechter Führung des Entlassenen oder, wenn derselbe den ihm bei der Entlassung auferlegten Verpflichtungen zuwiderhandelt, jederzeit widerrufen werden.

Der Widerruf hat die Wirkung, daß die seit der vorläufigen Entlassung bis zur Wiedereinlieferung verflossene Zeit auf die festgesetzte Strafdauer nicht angerechnet wird.

§ 25.

Der Beschluß über die vorläufige Entlassung, sowie über einen Widerruf ergeht von der obersten Justiz-Aufsichtsbehörde. Vor dem Beschluß über die Entlassung ist die Gefängnisverwaltung zu hören.

Die einstweilige Festnahme vorläufig Entlassener kann aus dringenden Gründen des öffentlichen Wohls von der Polizeibehörde des Orts, an welchem der Entlassene sich aufhält, verfügt werden. Der Beschluß über den endgiltigen Widerruf ist sofort nachzusuchen.

Führt die einstweilige Festnahme zu einem Widerrufe, so gilt dieser als am Tage der Festnahme erfolgt.

Digitized by Google

§ 26.

Ist die festgesetzte Strafzeit abgelaufen, ohne daß ein Widerruf der vorläufigen Entlassung erfolgt ist, so gilt die Freiheitsstrafe als verbüßt.

Die §§ 23 — 26 behandeln das dem englisch-amerikanischen Recht entlehnte Institut der vorläufigen Entlassung. Seine Bedeutung liegt darin, daß 1. die Strafdauer nicht, wie regelmäßig, nach dem Gerechtigkeitsprinzip bestimmt, sondern wesentlich durch das Verhalten des Verbrechers in der Strafanstalt beeinflußt und daß 2. den Verwaltungsbehörden eine Modifizierung des richterlichen Urteils zugestanden wird.

§ 27.

Der Mindestbetrag der Geldstrafe ist bei Verbrechen und Vergehen drei Mark, bei Übertretungen Eine Mark.

I. Das StGB setzt in seinem allgemeinen Teil keinen Maximal-, sondern nur einen Minimalbetrag der Geldstrafe fest. Der Maximalbetrag ist von Fall zu Fall bestimmt. Der höchste des StGB's beträgt, abgesehen von § 145 a, 15000 Mark (§ 302 d). Weiter gehen die Zoll- und Steuergesetze, das HGB §§ 312 ff. und das Ges. betr. den Sklavenraub.

II. Der Minimalbetrag ist verschieden, je nachdem es sich um ein Verbrechen oder Vergehen einerseits oder eine Übertretung anderseits handelt. Vergl. § 1. Da bei Verbrechen und Vergehen nicht unter drei Mark gegangen werden darf, Versuch und Beihilfe dazu sich (regelmäßig) wiederum als Verbrechen oder Vorgehen darstellen (s. II zu § 1), so darf die Geldstrafe trotz § 44 Abs. 4 auch bei dem Versuch oder der Beihilfe nicht weniger als 3 Mark betragen. E 18, 125. Da ferner solche Delikte, welche mit einer nach einem gewissen Vielfachen zu bemessenden Geldstrafe bedroht sind, sich nach dem unter I 3 zu § 1 Ausgeführten stets als Vergehen darstellen, so ist auch bei ihnen das Minimum von 3 Mark maßgebend, selbst wenn dadurch das Vielfache überschritten wird. A. A. die herrschende Lehre, auch E 16, 159, welche in derartigen Fällen sogar Geldstrafe unter *einer* Mark zuläßt. In Konsequenz dieser Auffassung werden auch landesgesetzliche Strafbestimmungen unter 1 Mark zugelassen. So z. B. Olsh. 5.

III. MStGB § 29: „Wo die allgemeinen Strafgesetze Geldstrafe und Freiheitsstrafe wahlweise androhen, darf, wenn durch die strafbare Handlung zugleich eine militärische Dienstpflicht verletzt worden ist, auf Geldstrafe nicht erkannt werden."

IV. Grundsätzlich fließt die Geldstrafe in die Staatskasse. Doch finden sich Ausnahmen, z. B. Postges. v. 28./10 1871 § 33, Nahrungsmittelges. v. 14./5 1879 § 17, preuß. Ges. betr. den Erlaß polizeilicher Strafverfügungen v. 23./4 1883 § 7.

§ 28.

Eine nicht beizutreibende Geldstrafe ist in Gefängnis und, wenn sie wegen einer Übertretung erkannt worden ist, in Haft umzuwandeln.

Ist bei einem Vergehen Geldstrafe allein oder an erster Stelle, oder wahlweise neben Haft angedroht, so kann die Geldstrafe in Haft umgewandelt werden, wenn die erkannte Strafe nicht den Betrag von sechshundert Mark und die an ihre Stelle tretende Freiheitsstrafe nicht die Dauer von sechs Wochen übersteigt.

War neben der Geldstrafe auf Zuchthaus erkannt, so ist die an deren Stelle tretende Gefängnisstraße nach Maßgabe des § 21 in Zuchthausstrafe umzuwandeln.

Digitized by Google

Der Verurteilte kann sich durch Erlegung des Strafbetrages, soweit dieser durch die erstandene Freiheitsstrafe noch nicht getilgt ist, von der letzteren freimachen.

I. **Begriff der unbeitreibbaren Geldstrafen.** — Die Vollstreckung der Geldstrafe erfolgt gemäß StPO § 495 nach den Vorschriften, welche die ZPO für die Vollstreckung von Geldforderungen aufstellt. Unbeitreibbar ist die Geldstrafe erst dann, wenn sich ergiebt, daß die der Vollstreckungsbehörde hiernach zur Verfügung stehenden Zwangsmittel, zu denen insbesondere auch der Offenbarungseid gehört, zu keinem Ergebnis führen. Die Überzeugung, daß dies der Fall sei, kann die Vollstreckungsbehörde auf jede denkbare Weise gewinnen. Nach der herrschenden Lehre ist eine Geldstrafe erst dann unbeitreibbar, wenn die Zwangsvollstreckung fruchtlos ausgefallen ist. Olsh. 4. Soll damit gesagt sein, daß unter allen Umständen die Zwangsvollstreckung wirklich versucht werden muß, so erscheint diese Auffassung nicht richtig. So bes. v. d. Decken Ztschr. **14**, 119 ff. Außer Zweifel ist, daß der bloße Mangel an Geldmitteln die Geldstrafe nicht zu einer unbeitreibbaren macht. Anderseits schließt die Möglichkeit einer ratenweisen Abtragung der Geldstrafe nicht aus, daß sie zur Zeit unbeitreibbar ist, wenn auch reichsrechtlich der Zulassung ratenweiser Abtragung nichts entgegensteht. Löwe-Hellw. zu StPO § 495. — Entscheidend ist stets, ob die Geldstrafe von dem Verurteilten beigetrieben werden kann. Zahlung durch einen unbeauftragten dritten befreit den Verurteilten nicht. Vergl. § 257.

Der Begriff der unbeitreibbaren Geldstrafe ist lediglich aus dem Reichsrechte zu entnehmen. Landesrechtliche Bestimmungen, nach denen wegen Geldstrafe keine Zwangsvollstreckung in Grundstücke vorgenommen werden darf, sind jedenfalls insoweit ungiltig, als beim Vorhandensein geeigneter unbeweglicher Pfändungsobjekte die hilfsweise ausgesprochene Freiheitsstrafe nicht vollstreckt werden darf. Reichsgesetzliche und selbstverständlich zu Recht bestehende Bestimmungen dieser Art s. Wechselstempelsteuergef. v. 10./6 1869 § 15 und Reichsstempelgef. v. 27./4 1894 (14./6 1900) § 47. Vergl. dazu unten II 3. Der Umstand, daß die Geldstrafe den Betrag von 300 Mark nicht übersteigt und deshalb nach ZPO § 866 Abs. 3 die Eintragung einer Sicherungshypothek unzulässig ist, macht sie nicht zu einer unbeitreibbaren, solange andere Mittel der Zwangsvollstreckung gegeben sind.

II. Auf die Eventualität, daß die Geldstrafe nicht beigetrieben werden kann, ist bereits im Urteil Bezug zu nehmen, indem der unbedingt verhängten Geldstrafe eine eventuell eintretende Freiheitsstrafe substituiert wird. Dabei gilt als Regel: **bei Verbrechen und Vergehen Gefängnis, bei Übertretungen Haft.** (Nachträgliche Umwandlung s. StPO § 491.) Ausnahmen:

1. In den Fällen des zweiten Absatzes hat der Richter die Möglichkeit, auch bei Vergehen Haftstrafe zu substituieren. Z. B. §§ 145. 185.
2. Trifft der dritte Absatz zu, so ist die subsidiäre Gefängnis-(nicht Haft-)strafe in Zuchthaus umzuwandeln. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Geldstrafe wegen eines Verbrechens oder wegen eines Vergehens, auch nicht darauf, ob sie wegen desselben oder wegen eines andern Delikts wie die Zuchthausstrafe (Realkonkurrenz) ausgesprochen wurde. Vergl. hierzu § 19 III.
3. Weitere Ausnahmen finden sich in den Nebengesetzen. So tritt z. B. nach GO § 147 an Stelle der Geldstrafe bis zu 300 Mark nur Haft. Auch ist zuweilen die Umwandlung der Geld- in eine Freiheitsstrafe gänzlich ausgeschlossen. So in den oben unter I zitierten Stellen des Wechselstempelsteuergesetzes und des Reichsstempelgesetzes.
4. Über Gemeinde- und Forstarbeit in Landesgesetzen an Stelle der subsidiären Freiheitsstrafe s. EG § 6. Im übrigen ist es bestritten, ob die Landesgesetzgebung bei den ihr überlassenen Materien an den Umwandlungsmodus der vorliegenden Stellen und des § 29 gebunden ist oder nicht. Bejahend Binding **1**, 301, Matthiesen, In welchem Umfange sind die Vorschriften im allgem. Teil des StGB's für die Landes-

Digitized by Google

gesetze bindend? (1894). Verneinend die herrschende Lehre. E 2, 33. Entsprechend den Ausführungen zu EG § 2 liegt das Richtige in der Mitte: die Landesgesetzgebung kann von §§ 28. 29 nur zu Gunsten, aber niemals zu Ungunsten des Verurteilten abweichen; d. h. sie darf keinen Umwandlungsmodus zulassen, der zu einer schwereren oder längeren Freiheitsstrafe führt. Giltig sind daher solche landesrechtliche Bestimmungen, die eine Umwandlung völlig ausschließen.

III. **Ist die Geldstrafe nur teilweise unbeitreibbar, so darf die hilfsweise ausgesprochene Freiheitsstrafe nur für den unbeitreibbaren Rest, also nur teilweise vollstreckt werden.** Aber auch wenn der Verurteilte bereits die Freiheitsstrafe angetreten hat, kann er sich nach dem letzten Absatze durch Zahlung von dem Reste der Freiheitsstrafe befreien. Zu zahlen braucht er in diesem Fall nur noch den Teil der Geldstrafe, der nicht durch die verbüßte Freiheitsstrafe als getilgt anzusehen ist. E 11, 132. Vergl. § 29 II gegen Ende.

§ 29.

Bei Umwandlung einer wegen eines Verbrechens oder Vergehens erkannten Geldstrafe ist der Betrag von drei bis zu funfzehn Mark, bei Umwandlung einer wegen einer Übertretung erkannten Geldstrafe der Betrag von einer bis zu funfzehn Mark einer eintägigen Freiheitsstrafe gleich zu achten.

Der Mindestbetrag der an Stelle einer Geldstrafe tretenden Freiheitsstrafe ist Ein Tag, ihr Höchstbetrag bei Haft sechs Wochen, bei Gefängnis Ein Jahr. Wenn jedoch eine neben der Geldstrafe wahlweise angedrohte Freiheitsstrafe ihrer Dauer nach den vorgedachten Höchstbetrag nicht erreicht, so darf die an Stelle der Geldstrafe tretende Freiheitsstrafe den angedrohten Höchstbetrag jener Freiheitsstrafe nicht übersteigen.

I. Die Stelle giebt den Maßstab für die Umwandlung von Geld- in Freiheitsstrafe. Handelt es sich um ein Verbrechen oder ein Vergehen, so hat der Richter für je 3 bis 15 Mark, handelt es sich um eine Übertretung, so hat er für je 1 bis 15 Mark einen Tag Freiheitsstrafe zu substituieren. Wenn z. B. wegen Beleidigung, also wegen eines Vergehens, auf eine Geldstrafe von 300 Mark erkannt wurde, so können alle Beträge zwischen 3 und 15 Mark gleich einem Tage Gefängnis gesetzt werden. Als Minimum der subsidiären Gefängnisstrafe ergeben sich somit in concreto 20 Tage, als Maximum 100 Tage. Innerhalb dieser Grenzen greift das vernünftige Ermessen des Richters Platz. Einen wesentlichen, aber durchaus nicht den allein zulässigen Anhaltspunkt gewähren die Erwerbsverhältnisse des Verurteilten. Gleichgiltig ist es, ob das Urteil den Umwandlungsmaßstab ausdrücklich bezeichnet („im Falle des Unvermögens für jede drei Mark Geldstrafe ein Tag Gefängnis") oder die subsidiäre Freiheitsstrafe im ganzen auswirft. Hält es sich innerhalb der Grenzen des Gesetzes, so kann die hilfsweise eintretende Freiheitsstrafe auch nach Monaten bestimmt sein. E 11, 272. — Ganz abweichend von der herrschenden Lehre faßt Rubo 2 die Stelle auf. Er nimmt an, daß, wenn die Geldstrafe mehr beträgt als 15 Mark, nur für je 15 Mark ein Tag Freiheitsstrafe festgesetzt werden darf. Z. B.: Geldstrafe von 300 Mark, hilfsweise 20 Tage Gefängnis, nicht mehr. Darüber s. bes. Binding, Grundriß 1, 240.

II. Minimum und Maximum der subsidiären Freiheitsstrafe richten sich, wie aus Abs. 1 erhellt, zunächst nach der Höhe der erkannten Geldstrafe. Neben der hierdurch gezogenen relativen stellt aber der erste Satz des zweiten Absatzes noch eine absolute

Digitized by Google

Grenze fest: Minimum stets ein Tag, Maximum bei Haft sechs Wochen, bei Gefängnis 1 Jahr. Für die Fälle der Realkonkurrenz s. § 78 Abs. 2. Gegenüber diesen absoluten Bestimmungen haben die relativen zurückzutreten. Wird z. B. eine Geldstrafe von 9000 Mark verhängt, so wäre es nach dem ersten Absatz zulässig, eine Gefängnisstrafe von 600 bis 3000 Tagen zu substituieren. Da aber selbst durch das relative Minimum von 600 Tagen das absolute Maximum von 1 Jahr überschritten würde, so darf nur auf dieses letztere erkannt werden. Anderseits aber wäre es auch unstatthaft, unter 1 Jahr herunterzugehen, da die Vorschriften über das relative Minimum nicht mehr verletzt werden dürfen, als es durch die Vorschriften über das absolute unbedingt notwendig wird. So kann es kommen, daß die subsidiären Strafandrohungen zu absoluten werden. — Im übrigen folgt aus dem zweiten Absatz, daß Strafreste unter drei Mark (bei Verbrechen oder Vergehen) oder unter 1 Mark (bei Übertretungen) nicht in Freiheitsstrafe verwandelt werden dürfen. Anderseits aber ist ein Strafrest von drei Mark oder mehr (bei Verbrechen oder Vergehen) und von 1 Mark oder mehr (bei Übertretungen) selbst dann noch mit einem Tage abzubüßen, wenn der ganzen Geldstrafe nur ein Tag substituiert wurde.

III. Das absolute Strafmaximum wird durch den zweiten Satz des zweiten Absatzes reduziert und zwar in dem Sinne, daß die subsidiäre Freiheitsstrafe unter keinen Umständen das Maximum der neben der Geldstrafe wahlweise angedrohten Freiheitsstrafe übersteigen darf. Daher kann der Geldstrafe von 60 Mark, zu welcher der Wirt auf Grund des § 365 Abs. 2 verurteilt wird, nicht eine Haftstrafe von 6 Wochen, sondern nur von 14 Tagen substituiert werden. Die gleiche Regel gilt auch dann, wenn die ordentliche Strafe eine Freiheitsstrafe ist, bei mildernden Umständen aber Geldstrafe eintritt. E 11, 132.

IV. Die Nebengesetze enthalten zuweilen einen andern Maßstab für die Umwandlung von Geld- in Freiheitsstrafe. Z. B. GO §§ 146—150. Wegen der Landesgesetze s. § 28 II 4.

§ 30.

In den Nachlaß kann eine Geldstrafe nur dann vollstreckt werden, wenn das Urteil bei Lebzeiten des Verurteilten rechtskräftig geworden war.

I. Rechtskräftig ist ein Urteil, wenn es nicht mehr mit Berufung oder Revision angefochten werden kann. Ist dieser Augenblick schon zu Lebzeiten des Verurteilten eingetreten, so kann die in dem Urteil ausgesprochene Geldstrafe in den Nachlaß des verstorbenen Verurteilten vollstreckt werden. Über die Art und Weise der Vollstreckung s. StPO § 495 und hierzu bes. Weber, Die Vollstreckung von Vermögensstrafen in den Nachlaß (1900) 51 ff.

II. Amtsrichterliche Strafbefehle, gegen welche nicht rechtzeitig Einspruch erhoben wird, stehen rechtskräftigen Urteilen gleich. StPO § 450. Für polizeiliche Strafverfügungen und Strafbescheide der Verwaltungsbehörden ist das Gleiche nicht bestimmt. Daher ist die Vollstreckung der durch sie verhängten Geldstrafe nach dem Tode des Verurteilten unzulässig. Übereinstimmend Rüd.-Stengl. 3. A. A. Olsh. 2, Oppenh.-Del. 6, Binding 1, 813.

III. Entgegen der herrschenden Lehre muß mit Entschiedenheit daran festgehalten werden, daß das Landesrecht an die Vorschrift des § 30 gebunden ist. Vergl. § 28 II 4. Wenn Olsh. 5 meint, Geld„strafen", die aus fiskalischen Gründen schlechthin in den Nachlaß vollstreckt werden können, seien in der That keine Geldstrafen, so ist dagegen zu erinnern, daß ihrer Feststellung dann auch der Strafprozeß nicht dienstbar gemacht werden darf. Eine förmliche Strafverfolgung gegen die Erben erklärt auch E 18, 14 für unstatthaft.

§ 31.

Die Verurteilung zur Zuchthausstrafe hat die dauernde Unfähigkeit zum Dienste in dem Deutschen Heere und der Kaiserlichen Marine, sowie die

Digitized by Google

dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter von Rechts wegen zur Folge.

Unter öffentlichen Ämtern im Sinne dieses Strafgesetzes sind die Advokatur, die Anwaltschaft und das Notariat, sowie der Geschworenen- und Schöffendienst mitbegriffen.

I. **Die Strafe bezeichnet die mit der Verurteilung zu Zuchthausstrafe von Rechtswegen verbundenen Ehrenfolgen.** Auf dieselben ist, eben weil sie von selbst eintreten, nicht besonders zu erkennen. S. jedoch § 37 und MStGB § 31. Sie sind also nicht Nebenstrafen, sondern gehören zum Inhalte der Hauptstrafe selbst. Die Ehrenfolgen treten ein, sobald die Verurteilung zur Zuchthausstrafe rechtskräftig ist, gleichgiltig ob die Strafe wirklich verbüßt wird oder nicht. Gnadenweiser Erlaß der Zuchthausstrafe oder gnadenweise Umwandlung derselben in eine mildere Strafe haben an sich keinen Einfluß auf die Ehrenfolgen, wohl aber können diese durch ausdrückliche Verordnung im Wege der Gnade beseitigt werden („Rehabilitierung"). Die Beantwortung der Frage, ob auch die Zuchthausstrafe, zu welcher ein zum Tode verurteilter Verbrecher begnadigt wird, die im § 31 bezeichneten Ehrenfolgen nach sich zieht, hängt von der staatsrechtlichen Vorfrage ab, ob und inwieweit ein Gnadenerlaß dem richterlichen Urteil gleichsteht.

II. Die mit der Verurteilung zur Zuchthausstrafe verbundenen Ehrenfolgen sind:

1. die dauernde Unfähigkeit zum Dienste in dem deutschen Heere und der kaiserlichen Marine. Wer vor seiner Einstellung zu Zuchthausstrafe verurteilt ist, wird demgemäß überhaupt nicht eingestellt, auch nicht der Ersatzreserve oder dem Landsturm eingereiht. Wer sich bereits in einem militärischen Verhältnisse befindet, scheidet aus demselben aus. Daher wird auch die von einem Militärgericht erkannte Zuchthausstrafe in einer bürgerlichen Strafanstalt vollstreckt. Wenn das MStGB § 31 vorschreibt, daß neben der Zuchthausstrafe auf Entfernung aus dem Heer oder der Marine zu erkennen sei, so soll damit lediglich der Eindruck des Urteils erhöht werden. Vergl. im übrigen MStGB §§ 31 ff.;
2. die dauernde Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter in dem Sinne, daß das bereits bekleidete öffentliche Amt dauernd verloren wird und ein neues nicht erlangt (also auch nicht verliehen) werden kann. Öffentliches Amt ist ein durch das öffentliche Recht begrenzter Kreis von öffentlichen Geschäften. Vergl. Laband, Staatsrecht 4. Aufl. 1, 338. Was unter den Begriff fällt, kann nur nach dem konkreten Staatsrecht beurteilt werden. Im allgemeinen werden hierher zu rechnen sein: alle Ämter der staatlichen Justiz und Verwaltung (nicht nur die der sog. allgemeinen, sondern auch die der Domänen, der Eisenbahnen usw.), ebenso aber auch die Ämter der öffentlichen Anstalten und Korporationen (z. B. die Professuren, die Stellen der Ortsbürgermeister, Gemeindeeinnehmer, die Ämter der öffentlichen Kranken-, Invaliditäts- und Unfallversicherung). Besonders bestritten ist die Frage, ob auch die Kirchenämter zu den öffentlichen gehören. Im verneinenden Sinne die herrschende Lehre, bes. E 10, 199; Friedberg, Das geltende Verfassungsrecht der evangelischen Landeskirchen (1888) 88. 151. 256, in bejahendem Olsh. 7. Aber auch diese Frage kann nur nach Partikularrecht entschieden werden. So mit Recht Meyer 355. Zu bemerken ist übrigens, daß da, wo das Territorialsystem herrscht, die Kirchenämter unbedingt öffentliche sind. Außerdem wird partikularrechtlich zuweilen ausdrücklich vorgeschrieben, daß die Verurteilung zur Zuchthausstrafe den Verlust des Kirchenamts zur Folge habe. Friedberg a. a. O. 88. Ist mit dem Kirchenamt ein staatliches oder Gemeindeamt als Nebenamt verbunden, so wird dieses letztere zweifellos durch die Verurteilung zur Zuchthausstrafe verloren. — Ausdrücklich zählt das Gesetz zu den öffentlichen Ämtern Advokatur, Anwaltschaft, Geschworenen- und Schöffendienst, obwohl diese Stellungen staatsrechtlich nur teilweise

Digitized by Google

unter den Begriff des Amtes fallen. Für die Frage, ob der Verlust des Amtes auch den des Gehalts oder der Pension zur Folge hat, ist das Staatsrecht maßgebend. Nach dem Reichsbeamtengef. v. 21./3 1873 geht die Pension nicht verloren. — Daß ausländische öffentliche Ämter durch inländische Urteile nicht entzogen werden können, ist selbstverständlich.

III. Auf Titel, Würden, Orden und Ehrenzeichen äußert die Zuchthausstrafe von Reichswegen keinen Einfluß. Vergl. hierzu § 33. Zivilrechtlich hat die Verurteilung zur Zuchthausstrafe insofern Bedeutung, als der Vater und event. die Mutter die elterliche Gewalt verwirken, wenn sie wegen eines an dem Kinde verübten Verbrechens zu Zuchthausstrafe verurteilt werden. BGB §§ 1680. 1686.

§ 32.

Neben der Todesstrafe und der Zuchthausstrafe kann auf den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden, neben der Gefängnisstrafe nur, wenn die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreicht und entweder das Gesetz den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ausdrücklich zuläßt oder die Gefängnisstrafe wegen Annahme mildernder Umstände an Stelle von Zuchthausstrafe ausgesprochen wird.

Die Dauer dieses Verlustes beträgt bei zeitiger Zuchthausstrafe mindestens zwei und höchstens zehn Jahre, bei Gefängnisstrafe mindestens Ein Jahr und höchstens fünf Jahre.

I. **Der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte ist eine Nebenstrafe in dem S. 35 erläuterten Sinne.** Im Gegensatze zu dem in § 31 geregelten ehrenrechtlichen Inhalte der Zuchthausstrafe handelt es sich also bei dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte um eine Maßregel, auf die ausdrücklich zu erkennen ist.

II. **Zulässigkeit.** — Das StGB schreibt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zwingend vor in den §§ 161. 181. 302d; dazu treten einzelne Bestimmungen der Nebengesetze, z. B. Ges. über das Auswanderungswesen v. 9./6 1897 § 48; im übrigen ist sie nur zulässig und zwar:

1. neben der Todes- oder der Zuchthausstrafe unbedingt (bei der ersteren hat der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte namentlich dann Bedeutung, wenn die Hauptstrafe im Gnadenwege erlassen wird;
2. neben der Gefängnisstrafe nur unter der doppelten Bedingung, daß
   a) die Dauer der erkannten Strafe drei Monate erreicht und daß
   b) entweder das Gesetz den Verlust ausdrücklich zuläßt (z. B. §§ 49a. 108. 248) oder aber die Gefängnisstrafe nur wegen mildernder Umstände an Stelle der Zuchthausstrafe tritt (z. B. §§ 176. 249). Droht das Gesetz, wie im § 226, Zuchthaus- und Gefängnisstrafe wahlweise an, so daß der Richter auch ohne Annahme mildernder Umstände auf Gefängnis erkennen kann, so ist die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte neben Gefängnisstrafe nur kraft besonderer Ermächtigung im Einzelfalle zulässig. E 25, 408.

Unzulässig ist die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte gegenüber Jugendlichen. § 57 Nr. 5. Über die Frage der Zulässigkeit bei Versuch, Beihilfe, Ideal- und Realkonkurrenz s. §§ 45. 49. 73. 74. 76.

III. **Die Dauer des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte** beschränkt der zweite Absatz nur bei den Fällen, in denen die Hauptstrafe auf zeitiges Zuchthaus oder auf Gefängnis lautet. Daraus folgt, daß bei lebenslänglichem Zuchthaus oder bei Todesstrafe der Verlust auf Lebensdauer eintritt. E 9, 175. In diesem Falle braucht sich der Richter auch

Digitized by Google

nicht ausdrücklich über die Dauer auszusprechen. Im übrigen s. wegen Berechnung der Zeit, für welche die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt sind, § 36.

§ 33.

Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt den dauernden Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurteilten hervorgegangenen Rechte, ingleichen den dauernden Verlust der öffentlichen Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen.

§ 34.

Die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte bewirkt ferner die Unfähigkeit, während der im Urteile bestimmten Zeit

1. die Landeskokarde zu tragen;
2. in das Deutsche Heer oder in die Kaiserliche Marine einzutreten;
3. öffentliche Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen zu erlangen;
4. in öffentlichen Angelegenheiten zu stimmen, zu wählen oder gewählt zu werden oder andere politische Rechte auszuüben;
5. Zeuge bei Aufnahmen von Urkunden zu sein;
6. Vormund, Gegenvormund, Pfleger, Beistand der Mutter, Mitglied eines Familienrats oder Kurator zu sein, es sei denn, daß es sich um Verwandte absteigender Linie handele und die obervormundschaftliche Behörde oder der Familienrat die Genehmigung erteile.

I. **Die §§ 33. 34 regeln den Inhalt des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte.** Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen solchen Folgen, die dauernd (§ 33), und solchen, die nur vorübergehend eintreten (§ 34). Es zeigt sich also die auffallende Erscheinung, daß die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte gewisse dauernde Folgen nach sich zieht, auch wenn sie, wie es die Regel bildet, nur auf Zeit lautet. Eine Ergänzung der vorliegenden Stellen ist durch verschiedene neue Reichsgesetze eingetreten. Z. B. Preßgesetz § 8, GO §§ 53. 83. 106, GVG § 176, ZPO § 1032, BGB §§ 1318. 1781. 2237, EG z. BGB Art. 40, Ges. über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17./5 1898 § 173, HGB § 81. Die Frage ob landesrechtliche Folgen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte noch weiter bestehen oder neu eingeführt werden können, wird von der herrschenden Lehre verneint. Vergl. Olsh. 2 zu § 33, Rüd.-Stengl. S. 129.

II. **Dauernde Wirkungen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte:**

1. Verlust der aus öffentlichen Wahlen für den Verurteilten hervorgegangenen Rechte. Unter öffentlichen Wahlen sind solche „in öffentlichen Angelegenheiten" zu verstehen. Vergl. dazu § 108. Nach den an dieser Stelle gegebenen Darlegungen gehören auch kirchliche Wahlen hierher. Übereinstimmend Olsh. 5; dagegen identifizieren Oppenh.-Del. 5 öffentliche Angelegenheiten mit Staatsangelegenheiten. — Über das Verhältnis dieser Stelle zu § 3 Abs. 2 des Wahlges. f. d. Reichstag v. 31./5 1869 vergl. Laband, Staatsrecht 4. Aufl. 1, 288 ff., Binding Grundriß 1, 206.
2. Verlust der öffentlichen Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen. Über den Begriff der öffentlichen Ämter s. II 2 zu § 31, über den der Titel und Würden § 360 VIII. Öffentliche Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen

Digitized by Google

sind solche, die vom Staate oder unter staatlicher Autorität verliehen werden. Dahin zählt auch die Doktorwürde. A. A. nur Rubo 5. Daß ausländische öffentliche Ämter durch ein inländisches Urteil nicht entzogen werden können, ist selbstverständlich. Das Gleiche wird man von ausländischen öffentlichen Würden, Titeln, Orden und Ehrenzeichen behaupten müssen, doch äußert sich die Wirkung des inländischen Urteils diesen gegenüber darin, daß sie im Inlande nicht geführt oder getragen werden dürfen. Ebenso Berner 240, Olsh. 8, Oppenh.-Del. 11, beide zu § 33; nach Rüd.-Stengl. 2 zu § 33 stehen ausländische Titel usw. den inländischen durchaus gleich. — Auch hier handelt es sich nur um diejenigen öffentlichen Ämter usw., in deren Besitz sich der Verurteilte zur Zeit der Rechtskraft des Urteils bereits befand; diese gehen dauernd verloren. Daß nach Ablauf der im Urteil bestimmten Zeit eine Neuerlangung möglich ist, folgt aus § 34 Nr. 3 und 4. Jedoch kann nach RAO § 6 Nr. 2 die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft auch später noch versagt werden. — Über unbefugte Führung von Würden usw. s. § 360 Nr. 8. Die Frage, ob öffentliche Ämter, Würden, Titel, Orden und Ehrenzeichen auch ohne Strafurteil entzogen werden können, beurteilt sich nach Staats- und Verwaltungsrecht. Bezüglich der öffentlichen Ämter greifen die Disziplinargesetze ein, wegen der Würden usw. s. Braun, Arch. f. öffentl. Recht 16, 528. Dieser nimmt einseitige Entziehbarkeit durch dieselbe Stelle an, von der die Verleihung erfolgt ist. A. A. Jellinek, System d. öffentl. Rechte (1892) 321.

3. Bei Militärpersonen je nach den Umständen Entfernung aus dem Heere oder der Marine, Verlust des Offiziertitels, Verlust des Rechts zum Tragen der Uniform, Versetzung in die zweite Klasse des Soldatenstandes und Degradation. MStGB §§ 31 ff., bes. § 42.

III. **Die vorübergehenden Wirkungen der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte** sind im § 34 aufgezählt.

Zu Nr. 5. Es handelt sich hier um Solennitätszeugen, d. h. solche Zeugen, deren Anwesenheit bei der Errichtung gewisser Urkunden zu deren Giltigkeit erforderlich ist (z. B. Testamentszeugen), vergl. BGB §§ 2249—2251; s. auch Ges. üb. d. Angeleg. d. freiwill. Gerichtsbark. v. 17./5 1898 §§ 169 ff. Urkunden, die auf Grund der angeführten Bestimmungen errichtet werden, sind nicht deshalb ungiltig, weil ein mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestrafter Zeuge bei ihrer Errichtung mitgewirkt hat. Dies trifft insbes. auch für Testamente zu. Vergl. BGB §§ 2233 ff. Ebensowenig hängt die Giltigkeit einer nach dem BGB geschlossenen Ehe davon ab, daß die Zeugen im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind. Vergl. BGB § 1318. (Für das ältere Recht war diese letztere Frage bestritten, aber nach richtiger Ansicht ebenfalls zu verneinen.) Genau das Gleiche ist bezüglich der Ehen zu sagen, die auf Grund des Ges. betr. die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes im Auslande v. 4./5 1870 § 7 a (Fassung auf Grund des EG z. BGB Art. 40) geschlossen worden sind.

Zu Nr. 6 (teilweise neue Fassung gemäß EG z. BGB Art. 34). Unter Beistand der Mutter ist der BGB §§ 1687 ff. genannte, nicht etwa der Beistand der ZPO § 90 zu verstehen. Gemäß BGB § 1781 Nr. 4 ist der mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte Bestrafte nicht unfähig Vormund zu sein, er soll nur nicht bestellt werden. Der Ausdruck Kurator ist bei der Neufassung leider stehen geblieben, obwohl er in den Reichsgesetzen kein technischer mehr ist und der früher unter diesen Begriff fallende Pfleger nunmehr selbständig genannt wird. Das Wesentliche bei dem Kurator liegt darin, daß er für eine Vermögensmasse als solche zu sorgen hat. Z. B. der Vertreter der ZPO § 779 und der Konkursverwalter. Olsh. 7 zu § 34 nimmt an, daß der Ausdruck mit Rücksicht auf die Übergangszeit beibehalten worden sei.

IV. **In gewissen Fällen können einzelne der in dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte enthaltenen Rechtsnachteile selbständig ausgesprochen werden.** S. §§ 35. 81. 83. 84. 87—91. 94. 95. 128. 129. 358. MStGB §§ 30 ff.

Digitized by Google

§ 35.

Neben einer Gefängnisstrafe, mit welcher die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt hätte verbunden werden können, kann auf die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

Die Aberkennung der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter hat den dauernden Verlust der bekleideten Ämter von Rechts wegen zur Folge.

I. Die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter ist als teilweiser Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte anzusehen. Ist der Richter befugt, den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt auszusprechen (vergl. § 32), so kann er, wenn ihm die Nebenstrafe zu streng erscheint und als Hauptstrafe nur auf Gefängnis (nicht Zuchthaus) erkannt wird, sich darauf beschränken, anstatt Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte im ganzen nur Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auszusprechen. Dauer: 1 bis 5 Jahre. Über die Wirkungen s. § 31 II 2. §§ 33. 34 II 2.

§ 36.

Die Wirkung der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt, sowie der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter insbesondere, tritt mit der Rechtskraft des Urteils ein; die Zeitdauer wird von dem Tage berechnet, an dem die Freiheitsstrafe, neben welcher jene Aberkennung ausgesprochen wurde, verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

I. Da der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte meist und die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter stets nur auf Zeit ausgesprochen wird, so fragt es sich, wie diese Zeit zu berechnen ist, und zwar zunächst, mit welchem Augenblicke sie beginnt. Nach der Bestimmung des § 36 beginnt, was an sich schon selbstverständlich wäre, die Wirkung der Aberkennung mit der Rechtskraft des Urteils. Mit diesem Tage also verliert der Verurteilte sein öffentliches Amt, die Fähigkeit, in das deutsche Heer einzutreten, usw. Gleichwohl beginnt der Fristenlauf jetzt noch nicht, sondern erst von dem Tag ab, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Der Sinn der Bestimmung ist also der, daß die Zeit bis zur Verbüßung, Verjährung oder Erlassung der Freiheitsstrafe der Zeit des im Urteil ausgesprochenen Ehrverlustes usw. zugezählt werden soll. Dies beruht auf der Erwägung, daß regelmäßig die Freiheitsstrafe alsbald nach Eintritt der Rechtskraft zu verbüßen ist, und daß während der Dauer der Freiheitsstrafe der Verlust von Ehrenrechten bedeutungslos wäre.

II. Die Zeitdauer des Ehrverlustes wird „von dem Tage berechnet, an dem die Freiheitsstrafe usw. . . verbüßt, verjährt oder erlassen ist". Erster Tag der Frist ist also nicht der, an welchem die Freiheitsstrafe getilgt ist, sondern der folgende.

§ 37.

Ist ein Deutscher im Auslande wegen eines Verbrechens oder Vergehens bestraft worden, welches nach den Gesetzen des Deutschen Reichs den Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge hat oder zur Folge haben kann, so ist ein neues Strafverfahren zulässig, um gegen den in diesem Verfahren für schuldig Erklärten auf jene Folge zu erkennen.

Digitized by Google

I. Der Umstand, daß jemand im Auslande bestraft worden ist, steht einer wiederholten Verfolgung wegen derselben Handlung im Inlande grundsätzlich nicht entgegen. Wird in der vorliegenden Stelle die inländische Verfolgung ausdrücklich und nur nach einer bestimmten Richtung hin zugelassen, so muß ihr Sinn der sein, daß sie eine Ausnahme von der Ausnahme zuläßt, d. h. Fälle im Auge hat, in welchen ohne sie eine wiederholte Verfolgung ausnahmsweise nicht statthaft wäre. Sie bezieht sich m. a. W. auf die Fälle des § 5. Ist der nach dem ausländischen Recht erforderliche Strafantrag nicht gestellt (§ 5 Nr. 3) oder die Strafverfolgung im Auslande verjährt (§ 5 Nr. 2), so kann der Thäter auch im Auslande nicht „bestraft" worden sein. Anderseits ist er „bestraft", auch wenn die erkannte Strafe im Auslande erlassen oder ihre Vollstreckung daselbst verjährt ist. So die herrschende Lehre; vergl. v. Bar 262, Olsh. 2, Oppenh.-Del. 1. Hat sich dagegen der Thäter der Vollstreckung des ausländischen Strafurteils entzogen, so findet die vorliegende Stelle keine Anwendung; vielmehr ist in diesem Fall die inländische Verfolgung, sofern sie überhaupt eintritt (vergl. § 3 II), auf die sämtlichen Folgen des Delikts zu erstrecken.

II. Dagegen ist das hier vorgesehene Verfahren ein Nachtragsverfahren, in welchem lediglich (nach wiederholter selbständiger Prüfung der Schuldfrage) die nach deutschem Rechte zulässige Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte oder einzelner Ehrenrechte auszusprechen ist. Dabei sind unter einzelnen bürgerlichen Ehrenrechten diejenigen zu verstehen, welche unter die §§ 33 oder 34 fallen. Insbesondere also kann das Verfahren auch eingeleitet werden, um den Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter (§ 35) auszusprechen, nicht aber um die Fähigkeit zur Anstellung im Eisenbahndienste (§ 319) abzuerkennen. Zulässig ist das Nachtragsverfahren nur gegen eine Person, die schon zur Zeit der Begehung des Deliktes die deutsche Staatsangehörigkeit besaß. Dies folgert Binding 1, 447 richtig aus den §§ 5 und 4 Nr. 3. Ebenso Olsh. 3, der aber gegen Binding das. 448 mit Recht bemerkt, daß der Thäter auch zur Zeit der Aburteilung im Auslande Deutscher gewesen sein müsse.

§ 38.

Neben einer Freiheitsstrafe kann in den durch das Gesetz vorgesehenen Fällen auf die Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

Die höhere Landespolizeibehörde erhält durch ein solches Erkenntnis die Befugnis, nach Anhörung der Gefängnisverwaltung den Verurteilten auf die Zeit von höchstens fünf Jahren unter Polizeiaufsicht zu stellen.

Diese Zeit wird von dem Tage berechnet, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist.

§ 39.

Die Polizeiaufsicht hat folgende Wirkungen:

1. dem Verurteilten kann der Aufenthalt an einzelnen bestimmten Orten von der höheren Landespolizeibehörde untersagt werden;
2. die höhere Landespolizeibehörde ist befugt, den Ausländer aus dem Bundesgebiete zu verweisen;
3. Haussuchungen unterliegen keiner Beschränkung hinsichtlich der Zeit, zu welcher sie stattfinden dürfen.

I. **Die rechtliche Natur der Polizeiaufsicht** kann gemäß den Ausführungen auf S. 34 nur aus ihrem Zwecke erkannt werden. Dieser besteht aber offenbar darin, daß die Ge-

Digitized by Google

sellschaft vor dem Verurteilten durch abnorme Beschränkungen seiner bürgerlichen Freiheit geschützt werden soll. Die Polizeiaufsicht ist an Stelle der Urfehde getreten und hat wie diese den Charakter einer polizeilichen Präventivmaßregel. So im Ergebnis Binding 1, 873 und Grundriß 1, 216. 217, Fuhr, Die Polizeiaufsicht (1888) 95 ff. A. A. die meisten, auch Fuhr, Strafrechtspflege und Sozialpolitik (1892) 240 und E 17, 193.

II. **Die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht ist durch gerichtliches Urteil auszusprechen, die wirkliche Verhängung und Ausübung ist Sache der Polizeibehörde.** Das Gericht kann aber die Polizeiaufsicht nur da für zulässig erklären, wo das Gesetz sie ausdrücklich für statthaft erklärt. Z. B. §§ 44 Abs. 2. 49 a. 115 Abs. 2. 180. Sprengstoffgesetz § 11. Vergl. dazu §§ 45. 49 III. In allen Fällen ist die eigentliche Strafe eine Freiheitsstrafe. Gegen Jugendliche ist Polizeiaufsicht unstatthaft. § 57 Nr. 5. Für Preußen ist jetzt von großer Bedeutung die von der Tendenz einer Einschränkung der Polizeiaufsicht getragene Instruktion v. 30./6 1900 (vergl. Justizministerialbl. Jahrg. 1900 S. 525 ff.).

III. **Zuständig zur Verhängung der Polizeiaufsicht ist „die höhere Polizeibehörde".** d. h.: die Landesgesetzgebung auf die Zuständigkeit der Ortspolizeibehörde weder direkt begründen, noch im Wege der Delegation zulassen. Als örtlich zuständig wird man sowohl diejenige Behörde anzusehen haben, in deren Bezirk der Verurteilte zur Zeit der Verurteilung seinen Wohnsitz oder Aufenthaltsort hat, als auch diejenige, in deren Bezirk er nach Verbüßung, Verjährung oder Erlaß der Strafe seinen Aufenthaltsort nimmt. Die meisten erklären nur die eine oder die andere dieser Behörden für zuständig. S. Fuhr, Strafrechtspflege 203. Dagegen steht auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung ein Beschluß des Bundesrats v. 16./6 1872. — Ob und eventuell wann die Polizeibehörde die erforderliche Anordnung trifft, steht in ihrem Ermessen. Abgesehen von den Fällen, in denen die Freiheitsstrafe wegen Verjährung oder gnadenweisen Erlasses nicht vollstreckt wird, muß aber die Polizeibehörde vorher der Gefängnisverwaltung Gelegenheit zur Erklärung geben. (Hierin ist eine wesentliche Vorschrift zu sehen, deren Nichtbeachtung die Verhängung der Polizeiaufsicht ungiltig macht. Ebenso Hälschner 1, 627, Rubo 11, Fuhr, Polizeiaufsicht 48. A. A. Olsh. 11, Oppenh.-Del. 13, Rüd.-Stengl. 7). Der Zweck dieser Bestimmung ist der, daß dem Verhalten des Verurteilten in der Strafanstalt ein gewisser Einfluß auf die Frage der wirklichen Verhängung der Polizeiaufsicht eingeräumt werden soll. Daraus folgt mit Notwendigkeit die Unzulässigkeit der Polizeiaufsicht vor der Vollstreckung der Freiheitsstrafe, namentlich also während eines nach StPO § 487 gewährten Strafaufschubs.

IV. **Die Dauer der Polizeiaufsicht wird nicht vom Gericht, sondern von der Polizeibehörde bestimmt.** Diese hat bis zu dem gesetzlich statthaften Maximum von fünf Jahren freien Spielraum, wird auch befugt sein, eine frühere Anordnung abzuändern. Berechnet wird die Zeit von dem Tage, an welchem die Freiheitsstrafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist. Vergl. hierzu § 36 II. Wird der Verurteilte gemäß § 23 vorläufig entlassen, so beginnt die Frist erst, wenn die festgesetzte Strafzeit gemäß § 26 abgelaufen ist; gleichwohl kann schon vorher die Polizeiaufsicht verhängt und ausgeübt werden.

V. **Der Inhalt der Polizeiaufsicht** wird durch § 39 bestimmt.

Zu Nr. 1. Unter einzelnen bestimmten Orten, an denen der Aufenthalt dem Verurteilten untersagt werden kann, sind nicht nur Ortschaften (Städte, Dörfer), sondern auch innerhalb dieser einzelne Plätze, Straßen, Häuser zu verstehen. Untersagt werden kann sowohl der dauernde als auch der zeitweilige Aufenthalt. Daher ist auch Wirtshausverbot zulässig, zwar nicht generell, aber es kann der Besuch bestimmter Wirtshäuser untersagt werden. So auch ein Urt. d. Kammergerichts v. 30./3 1899 (DJZ 4, 486). An welchen Orten der Aufenthalt verboten wird, hat die Polizeibehörde speziell anzugeben. Ein Aufenthaltsverbot in ganzen Distrikten wird nur dann für statthaft erachtet werden können, wenn alle Teile desselben in dem Verbot namhaft gemacht werden (z. B. innerhalb der und der Städte und Dörfer und deren Gemarkungen). Zu

Digitized by Google

einer Konfinierung, d. h. zur Anweisung eines bestimmten Aufenthaltsorts ist die Polizei nicht befugt. Dafür, daß der Aufenthalt in der Heimatsgemeinde oder in dem Orte des Unterstützungswohnsitzes nicht untersagt werden dürfte, ergiebt das Gesetz nichts. So im wesentlichen die herrschende Lehre, jedoch sind in letzterer Beziehung Berner 225, Hälschner 1, 627, Rüd.-Stengl. 2 anderer Ansicht. Zuwiderhandlungen gegen das Verbot fallen unter § 361 Nr. 1.

Zu Nr. 2. Als Ausländer ist natürlich nur der Nichtdeutsche anzusehen (vergl. § 8). Daß der Ausländer ohne weiteres ausgewiesen werden kann, ist schon völkerrechtlicher Grundsatz. Das Wesentliche der hier gegebenen Bestimmung liegt aber darin, daß die höhere Landespolizeibehörde die Befugnis erhält, den Ausländer nicht nur aus ihrem und dem Gebiete des Einzelstaates, dem sie angehört, sondern aus dem Gebiete des ganzen Reichs zu verweisen. Demgemäß hat auch der Bundesrat am 27./4 1873 bestimmt, daß die Ausweisungen unter abschriftlicher Mitteilung des Urteilstenors dem Reichskanzleramte anzuzeigen seien. Die Ausweisung darf nicht auf längere Zeit erfolgen, als die Polizeiaufsicht verhängt ist, mithin längstens auf fünf Jahre. A. A. das Reichskanzleramt (s. preuß. Justizministerialblatt von 1873 S. 282). Aus dem Gebiete des Einzelstaates freilich kann die Verweisung auf unbestimmte Zeit und auf immer erfolgen, weil sie hier nicht ein Ausfluß der Polizeiaufsicht ist. Vergl. auch hier § 361 Nr. 1. — Angehörige des Deutschen Reichs können aus dem Gebiete desselben niemals, aus einem Bundesstaate nur dann verwiesen werden, wenn ihnen gemäß § 39 Nr. 1 in einem andern Bundesstaate der Aufenthalt an bestimmten Orten untersagt ist. Freizügigkeitsgef. v. 1./11 1867 § 3.

Zu Nr. 3. Vergl. dazu StPO §§ 102—106. Nach StPO § 113 ist ferner die Untersuchungshaft gegen eine unter Polizeiaufsicht stehende Person auch dann zulässig, wenn die That nur mit Haft oder Geldstrafe bedroht ist.

VI. **Beschwerden gegen die Zulässigkeit, Dauer und Ausübung der Polizeiaufsicht sind im Verwaltungswege zu erledigen.** So Fuhr, Strafrechtspflege 227. Wenn sich allerdings die Beschwerde auf den Inhalt des Strafurteils stützt, so kann gemäß StPO § 490 eine gerichtliche Entscheidung provoziert werden.

§ 40.

Gegenstände, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht, oder welche zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind, können, sofern sie dem Thäter oder einem Teilnehmer gehören, eingezogen werden.

Die Einziehung ist im Urteile auszusprechen.

I. **Die rechtliche Natur der Einziehung** ist außerordentlich bestritten. Beachtet man, daß die vorliegende Stelle ihre Zulässigkeit auf solche Gegenstände beschränkt, die im Eigentum eines Beteiligten stehen, so hat man sie für das Gebiet des § 40 als eine **Strafe** anzusehen. Da aber, wo sie ausnahmsweise ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse statthaft ist (s. unten II 2), erscheint sie lediglich als polizeiliche Präventivmaßregel. So die herrschende Lehre E 14, 161. Dagegen wird der Strafcharakter durchaus verneint von Nissen, Die Einziehung (1888) 85, Köbner, Die Maßregel der Einziehung (1891) 5 ff., 56, v. Liszt § 58 und Beling 58. Gegen diese Ansicht Vorberg, Die Einziehung der Produkte und Werkzeuge eines Delikts (1895) 15 ff. Umgekehrt behaupten den Strafcharakter allgemein Glücksmann, Die Rechtskraft der strafprozessualen Entscheidung über Einziehung und Unbrauchbarmachung (1898) 8 ff., sowie R 8, 330. Nach Herschel, Die Rechtskraft usw. (wie Glücksmann [1899]) 23 soll es darauf ankommen, wen die Einziehung trifft.

Digitized by Google

II. **Die Zulässigkeit der Einziehung** hängt bei allen Objekten (III) von folgenden Voraussetzungen ab:

1. Es muß ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen begangen worden sein. Keine Einziehung also bei Übertretungen oder Fahrlässigkeitsdelikten. Ausnahmen §§ 360. 367. 369. Ebensowenig ist Einziehung zulässig, wenn ein Umstand vorliegt, der den Deliktscharakter der Handlung beseitigt; z. B. Unzurechnungsfähigkeit oder Notwehr. E 29, 130;
2. das Einziehungsobjekt muß dem Thäter oder Teilnehmer gehören, d. h. im Eigentum des einen oder des andern stehen. Ob die Einziehung auch zulässig ist, wenn der Gegenstand im Miteigentum des Thäters oder Teilnehmers und einer dritten Person steht, hängt von der privatrechtlichen Auffassung des Miteigentums ab. Für das BGB wird die Frage zu bejahen sein. Dagegen ist die Zulässigkeit der Einziehung dann zu verneinen, wenn die Sache im Gesamteigentum einer bei der That beteiligten und einer dritten Person steht. Deshalb unterliegen nunmehr grundsätzlich die Duellwaffen einer Korporation nicht der Einziehung. Vergl. für das ältere Recht Ortloff Arch. 31, 348, für das neuere Hans Hirsch, Teilbarkeit des Eigentums (1900). Daß von den Beteiligten gerade der Eigentümer die Sache zur Begehung des Delikts gebraucht habe, ist nicht erforderlich; die Einziehung ist selbst dann zulässig, wenn er nicht einmal davon gewußt hat, daß ein anderer Beteiligter sie gebrauche. Soweit der Strafcharakter der Einziehung reicht, ist anzunehmen, daß nicht ein früheres Eigentum, auch nicht das zur Zeit der That bestehende entscheidet, sondern lediglich das zur Zeit der Urteilsfällung vorhandene maßgebend ist. E 16, 114. — Ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse läßt das StGB die Einziehung zu in §§ 152. 295. 296a. 360. 367 und nach der herrschenden Lehre auch im § 369 Abs. 2.

III. **Objekte der Einziehung sind:**

1. **die producta sceleris**, d. h. diejenigen Gegenstände, „welche durch ein" (nämlich das zur Aburteilung stehende) „vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht sind", z. B. die gefälschten Münzen und Urkunden. Nicht einziehungsfähig sind die bereits vor dem Delikt vorhandenen Sachen, die der Thäter durch dasselbe an sich brachte, z. B. das gestohlene Geld, das naturgemäß an den Bestohlenen zurückfällt. Vergl. StPO § 111. Ausnahme 296a. Ebensowenig sind einziehungsfähig solche Gegenstände, die mittels der prod. scel. erworben wurden, z. B. das gegen das gefälschte Geld eingetauschte echte. Ausnahme § 335;
2. **die instrumenta sceleris**, d. h. diejenigen Gegenstände, „welche zur Begehung eines" (nämlich des zur Aburteilung stehenden) „Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind". Da die Einziehung einen „Thäter" oder „Teilnehmer" voraussetzt, so muß das Delikt wirklich begangen oder doch in strafbarer Weise versucht worden sein. (Anders nur, wenn ausnahmsweise bloße Vorbereitungshandlungen strafbar sind; s. § 43.) Ist aber auch das Delikt in strafbarer Weise begangen oder versucht worden, so unterliegen der Einziehung doch nur solche Gegenstände, die bei der Begehung gebraucht oder zur Begehung bestimmt gewesen sind. Daraus folgt einerseits die Unzulässigkeit der Einziehung solcher Gegenstände, deren sich der Thäter nur zur Vorbereitung bedient hat (z. B. des Gefäßes, in dem das Gift gekocht wurde), anderseits die Zulässigkeit der Einziehung solcher Gegenstände, die zwar thatsächlich zur Begehung nicht gebraucht worden sind, aber zum Gebrauch dabei bestimmt waren. Sicher ist, daß Gegenstände, die nach der That gebraucht wurden, um diese zu verdecken, oder um die Flucht zu ermöglichen, nicht der Einziehung unterliegen. Deshalb kann E 12, 305 nicht beigetreten werden, wenn hier das zur Fortschaffung des gestohlenen Guts verwendete Gerät unter die Einziehungsstücke gezählt wird.

Digitized by Google

IV. **Regelmäßig ist die Einziehung nur zulässig, ausnahmsweise aber notwendig** So §§ 152. 295. 296a. 369.

V. **Die Einziehung ist im Urteilstenor auszusprechen. Die Frage, in welchem Augenblicke sich der Eigentumsübergang an den Fiskus vollzieht, ist bestritten.** An sich sind folgende Ansichten denkbar:

1. das Urteil hat deklaratorische Bedeutung. Es spricht aus, daß mit der Begehung des Delikts der Fiskus von Rechts wegen Eigentümer geworden sei. So das römische Recht (l 14 D 39, 1). Für das heutige Recht ist diese Ansicht völlig undenkbar, denn steht die Einziehung im Ermessen des Gerichts, so tritt sie eben nicht von Rechts wegen ein. So auch Vorberg a. a. O. 107. 108.
2. Das Urteil hat konstitutive Bedeutung. Diese Auffassung wird in zwei verschiedenen Formen vertreten.
   a Nach Ansicht der meisten (z. B. Olsh. 4, Köbner a. a. O. 60) bedeutet das Urteil, daß mit seiner Rechtskraft das Eigentum auf den Fiskus übergehe. Das Urteil wirke also ex nunc. Hiermit ist es aber nicht vereinbar, daß nach den oben unter II 2 gegebenen, auch von der herrschenden Lehre anerkannten Ausführungen die Zulässigkeit der Einziehung davon abhängt, daß das Objekt zur Zeit der Urteilsfällung im Eigentum des Thäters oder eines Teilnehmers steht. Hat nämlich der seitherige Eigentümer das Objekt nach dem Urteil, aber vor Eintritt der Rechtskraft veräußert, so paßt es durchaus nicht zu dem System des BGB's, wenn das Eigentum nunmehr dem Erwerber entzogen werden soll. Das BGB schützt im § 933 den Erwerb von einem Nichteigentümer, und demnach muß noch weit mehr der Erwerb von einem Eigentümer als geschützt gelten. Allerdings kann nach ZPO § 325 das Zivilurteil unter Umständen auch Rechtskraft gegen dritte äußern, welche die im Streite befangene Sache erst während der Dauer der Rechtshängigkeit erworben haben. Aber diese Bestimmung gilt für das Strafurteil nicht.
   b) Nach Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe (1891), 1, 162ff., dem sich Vorberg a. a. O. 111, und Weber, Die Vollstreckung von Vermögensstrafen in den Nachlaß (1900) 37ff. anschließen, hat das Urteil zwar auch konstitutive Bedeutung, es wirkt aber ex tunc, d. h.: der Eigentumsübergang wird, nachdem einmal das Urteil vorliegt, auf die Zeit der Deliktsbegehung zurückdatiert. Gegen diese Lehre sprechen im wesentlichen dieselben Gründe, wie gegen die vorige.
3. Das Urteil bedeutet nur, daß der Thäter oder Teilnehmer verpflichtet ist, das Eigentum auf den Fiskus zu übertragen. Diese Auffassung entspricht allein dem Wortlaute und ist nach dem BGB die einzig mögliche. Da nun nach StPO § 495 die Vollstreckung der Einziehung nach der ZPO erfolgt, so ergiebt sich aus ZPO § 897, daß der Eigentumsübergang vollzogen ist, sobald der Gerichtsvollzieher die Sache zum Zwecke der Ablieferung an die vollstreckende Behörde wegnimmt. Bezieht sich auch StPO § 495 unmittelbar nur auf diejenigen Einziehungsfälle, die als Vermögensstrafe erscheinen, so führt doch die Analogie dazu, die Stelle auch dann anzuwenden, wenn die Einziehung eine polizeiliche Präventivmaßregel ist. — Bei einer vor der Rechtskraft des Urteils stattgefundenen Beschlagnahme ist der Fiskus jetzt schon im Besitz (BGB § 929), die Rechtskraft des Urteils ersetzt aber nach ZPO § 894 die zum Eigentumsübergang erforderliche Willenserklärung des Schuldners. Somit wird nach vorausgegangener Beschlagnahme der Eigentumsübergang durch die Rechtskraft des Urteils vollzogen. (Für die auf Grund des Vereinszollgesetzes erfolgende Einziehung erklärt § 156 dieses Gesetzes den Augenblick der Beschlagnahme für maßgebend.) Im wesentlichen übereinstimmend schon E 21, 54 und Oppenh.-Del. 16.

Digitized by Google

§ 41.

Wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist, so ist im Urteile auszusprechen, daß alle Exemplare, sowie die zu ihrer Herstellung bestimmten Platten und Formen unbrauchbar zu machen sind.

Diese Vorschrift bezieht sich jedoch nur auf die im Besitze des Verfassers, Druckers, Herausgebers, Verlegers oder Buchhändlers befindlichen und auf die öffentlich ausgelegten oder öffentlich angebotenen Exemplare.

Ist nur ein Teil der Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar, so ist, insofern eine Ausscheidung möglich ist, auszusprechen, daß nur die strafbaren Stellen und derjenige Teil der Platten und Formen, auf welchen sich diese Stellen befinden, unbrauchbar zu machen sind.

I. **Rechtliche Natur der Unbrauchbarmachung.** — Die Unbrauchbarmachung unterscheidet sich von der Einziehung dadurch, daß sie keinen Eigentumsübergang auf den Fiskus bewirkt. So Binding, Grundriß 1, 216, Vorberg, Die Einziehung der Produkte und Werkzeuge eines Delikts (1895) 114, Olsh. 1. A. A. Nissen, Die Einziehung (1888) 97, Köbner, Die Maßregel der Einziehung (1891) 24 ff. Aus der vertretenen Auffassung folgt, daß dem Eigentümer alle Rechte an den Resten der unbrauchbar gemachten Sachen erhalten bleiben. Demgemäß sind sie ihm zurückzugeben, zum mindesten aber ist er wegen ihres vorhandenen Wertes schadlos zu halten, z. B. wegen des Verkaufswerts des eingestampften Papiers. (Diese Folgerungen sind unvermeidlich, wenn sie auch m. W. nirgends gezogen werden.) Anders nur, falls neben der Unbrauchbarmachung die Einziehung ausgesprochen war. Liegen die Voraussetzungen für beide Maßregeln vor, so steht ihrer Verbindung nichts entgegen. So auch wiederholt das RG, z. B. E 17, 311. Wie sich aber aus II 3, verglichen mit § 40 II 1, ergiebt, ist es sehr wohl möglich, daß zwar die Unbrauchbarmachung geboten ist, die Einziehung aber nicht angeordnet werden darf.

Da sich die Unbrauchbarmachung ganz allgemein gegen unbeteiligte Personen wenden kann, so kann ihr Zweck nicht darin gefunden werden, daß dem Schuldigen ein Leiden auferlegt werden soll. Damit aber scheidet sie aus dem Begriffe der Strafe aus und tritt völlig in die Reihe der **polizeilichen Präventivmaßregeln.** So Hälschner 1, 632, v. Liszt § 58, Olsh. 1, Rüd.-Stengl. 12 zu § 40, Herschel (s. § 40 I) 23. Dagegen für gemischten Charakter: Meyer 395, Oppenh.-Del. 1. Das RG schwankt. Vergl. E 11, 119. 14, 161. 17, 311.

II. **Zulässigkeit der Unbrauchbarmachung.** — Im Gegensatz zur Einziehung steht die Unbrauchbarmachung nicht im Ermessen des Gerichts, sie ist vielmehr obligatorisch, wenn der Inhalt einer Schrift, Abbildung oder Darstellung strafbar ist. Einzelnes:

1. Daß es sich um eine „Druckschrift" im Sinne des Preßgesetzes handle, fordert das Gesetz nicht. Immerhin aber muß, wie aus dem zweiten Absatze erhellt, eine zur Verbreitung bestimmte Schrift in Frage sein.
2. Die Strafbarkeit muß dem Inhalt der Schrift usw. anhaften, d. h. in einer strafbaren Gedankenäußerung bestehen. Werden durch die Verbreitung der Schrift nur Formvorschriften verletzt (z. B. Nichtbenennung des Redakteurs), so darf Unbrauchbarmachung nicht ausgesprochen werden. R. 4, 235. Auf einer völlig abweichenden Voraussetzung beruht die in dem Ges. betr. das Urheberrecht v. 19./6 1901 § 42 vorgesehene Vernichtung der Nachdrucksexemplare. Diese unterliegen der Vernichtung nicht deshalb, weil ihr Inhalt ein strafbarer wäre, sondern weil es ihre Herstellung ist. Die hier vorgesehene Vernichtung kann auf Antrag dadurch ersetzt

Digitized by Google

werden, daß dem Verletzten ein Anspruch auf Übernahme der Exemplare und Vernichtung gegen Entschädigung zuerkannt wird. Vergl. das. §§ 43. 46—48.

3. Es genügt aber auch, wenn der Inhalt objektiv strafbar ist, d. h. wenn durch seine Verbreitung unter Voraussetzung des erforderlichen Verschuldens sich jemand strafbar gemacht hätte. So auch das RG. S. bes. R. 4, 29, E 22, 351. 32, 53. 33, 17. Ferner Köbner, Einziehung 52, Olsh. 5 zu § 42. A. A. Hälschner 1, 634, Oppenh.-Del. 4. Meyer 396. Im strengsten Sinne giebt es allerdings keine „objektive Strafbarkeit" (s. jedoch Oetker, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs [1893] 24 u. 76 ff.). Es muß aber betont werden, daß die entgegenstehende Auffassung dem Gesetze terminologisch nicht fremd ist, wie sich namentlich aus dem Wortlaute des § 59 ergiebt. Ferner fällt ins Gewicht, daß das im § 42 zugelassene objektive Verfahren eine Prüfung der subjektiven Seite nur sehr schwer zuläßt, und das die schädlichen Wirkungen einer Schrift von dem Verschulden einer Person ganz unabhängig sein können. Wenn Friedländer, Das objektive Verfahren 10 ff., als entschiedenster Gegner der vertretenen Auffassung in ihr eine Vermengung richterlicher und polizeilicher Thätigkeit findet, so ist dem entgegenzuhalten, daß der erhöhte Rechtsschutz, den das richterliche Verfahren bietet, auch anderwärts zur Legalisierung von Verwaltungsakten benutzt wird. Von einer Degradierung des Gerichts kann also keine Rede sein. Hiernach ist aber die Unbrauchbarmachung auch dann auszusprechen, wenn der Thäter eine unzurechnungsfähige oder absolut strafunmündige Person ist. Gehört also zur objektiven Strafbarkeit nicht der sog. subjektive Thatbestand des Deliktes (die Verschuldung), so doch der objektive im vollen Umfange. Daher ist bei gotteslästerlichem Inhalte (§ 166) die Unbrauchbarmachung nur dann zuläßig, wenn das Ärgernis feststeht. E 30, 194. Ebenso entfällt die Unbrauchbarmachung mit der Rechtswidrigkeit. Daher keine Unbrauchbarmachung in den durch § 193 gedeckten Fällen. E 29, 401.

III. **Umfang der im Urteil auszusprechenden Unbrauchbarmachung.** S. Abs. 1 u. 3.

IV. **Die Ausführung der Unbrauchbarmachung** (nur auf diese lautet das Urteil) bemißt sich nach dem Einzelfalle. Keineswegs ist immer Vernichtung erforderlich (in Nebengesetzen jedoch zuweilen vorgeschrieben, z. B. Ges. betr. das Urheberrecht v. 19./6 1901 § 43). Vergl. oben I. Von Bedeutung ist, daß nach Abs. 2 die Einziehung „aller" Exemplare nur in beschränktem Sinn zu verstehen ist. Dazu ist zu bemerken:

1. Unter den Begriff des Herausgebers fällt auch der Redakteur. Köbner, Einziehung 33.
2. Der Besitz ist im Sinne des bürgerlichen Rechts zu verstehen, umfaßt also auch den mittelbaren (BGB § 868). So die herrschende Lehre, die demgemäß auch die Unbrauchbarmachung der zur Post gegebenen und der vom Buchhändler den Kunden zur Ansicht gesandten Exemplare zuläßt.
3. Öffentlich ausgelegt oder öffentlich angeboten sind die Exemplare, wenn sie thatsächlich oder vermutlich dem Publikum oder doch einem größeren durch persönliche Beziehungen nicht verbundenen Personenkreise zugänglich sind. Vergl. § 110. Dies trifft nicht zu bei einer geschlossenen Lesegesellschaft, selbst dann nicht, wenn Gäste eingeführt werden können. Öffentlich dagegen sind die jedermann zugänglichen Leihbibliotheken, Lesehallen, Restaurationsräume u. dergl.

§ 42.

Ist in den Fällen der §§ 40 und 41 die Verfolgung oder die Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar, so können die daselbst vorgeschriebenen Maßnahmen selbständig erkannt werden.

I. **Rechtliche Natur des objektiven Strafverfahrens.** — Während sich grundsätzlich jedes Verfahren gegen eine bestimmte Person wendet, also ein subjektives ist, läßt die

Digitized by Google

vorliegende Stelle unter gewissen Voraussetzungen ein lediglich die Einziehung oder Unbrauchbarmachung bezweckendes, also objektives Verfahren zu. Zwar handelt es sich bei diesem keineswegs immer um die Verhängung einer Strafe, dennoch ist es rechtlich als ein Strafverfahren, als eine eigentümliche Form der Strafverfolgung anzusehen. Dies ergiebt sich aus der Thatsache seiner näheren Regelung in der StPO (§§ 477 ff.: vergl. dazu EG z. MStGO § 16), die ja nach ihrem EG § 3 nur auf Strafsachen Anwendung findet. Das objektive Strafverfahren unterliegt also grundsätzlich denselben prozessualen Regeln wie das subjektive. Hieraus folgt aber, daß solche Umstände, die der Strafverfolgung überhaupt, der Verfolgung der strafbaren Handlung (Gegensatz: Verfolgung der Person, s. u. II 2) entgegenstehen, auch einen Hinderungsgrund für das objektive Strafverfahren bilden, z. B. Mangel des Strafantrags. Ebenso E 11, 119. 14, 382 und die meisten Schriftsteller; abweichend besonders Oppenh.-Del. 1. Das Gleiche muß aber auch bei Verjährung gelten. Ebenso Binding 1, 854, Grundriß 1, 216, Friedländer, Das objektive Verfahren 13; abweichend Oppenh.-Del. 6, Rüd.-Stengl. 4, Olsh. 5, E 14, 382. R. 9, 15. Danach könnten also z. B. Inkunabeln eingezogen werden!

II. **Die Voraussetzungen für die Zulässigkeit des objektiven Verfahrens** sind teils positiver, teils negativer Natur.

1. In positiver Beziehung muß einer der Fälle der §§ 40 oder 41 gegeben sein. Daher findet das objektive Verfahren nicht statt, wenn nach Spezialbestimmungen die Einziehung oder Unbrauchbarmachung ohne die Voraussetzungen der §§ 40. 41 zulässig ist. Der ausdrücklichen Feststellung, daß alle Erfordernisse der erwähnten Gesetzesstellen vorliegen, darf sich der Richter nicht entziehen. — Ausgeschlossen ist hiernach namentlich das objektive Strafverfahren zum Zwecke der Einziehung bei Übertretungen und in allen Fällen, in welchen die Einziehung einer Sache erfolgen soll, die nicht dem Thäter oder einem Teilnehmer gehört. So Friedländer, Das objektive Verfahren 8, Hälschner 1, 633, Olsh. 3, E 16, 269. 19, 45. Die entgegengesetzte Meinung (Oppenh.-Del. 2, Köbner, Einziehung 38, Vorberg, Einziehung 93), die sich auf die Motive und die Entstehungsgeschichte stützt, hat zweifellos keinen gesetzlichen Grund. Ausnahmsweise ist allerdings das objektive Verfahren auf Grund ausdrücklicher Bestimmungen zulässig, ohne daß die Voraussetzungen der §§ 40. 41 gegeben sind, z. B. § 152 und Nahrungsmittelgef. § 15.
2. In negativer Beziehung darf die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht ausführbar sein. Dabei unterscheidet das Gesetz nicht, ob der Grund hierfür ein thatsächlicher oder ein rechtlicher ist. Ein thatsächlicher Grund liegt vor, wenn man den Thäter nicht kennt oder wenn der bekannte Thäter verstorben ist. Abwesenheit oder nach der That eingetretene Geisteskrankheit sind rechtliche Gründe, weil sie nur durch die Gestaltung unseres Strafprozesses bedingt sind. Auch mangelndes Verschulden kann der Verfolgbarkeit oder der Verurteilung einer Person entgegenstehen, ohne daß darum das objektive Strafverfahren unzulässig wäre. S. oben II 3 zu § 41. Ebenso E 14, 382 und jetzt auch Olsh. 4. Ist dagegen der Thäter (oder der Teilnehmer) bereits abgeurteilt worden, so kann die früher versäumte Einziehung oder Unbrauchbarmachung nicht im Wege des objektiven Strafverfahrens nachgeholt werden. A. A. E 14, 161 (vergl. dazu § 152). Wegen der Parlamentsberichte s. § 12 III.

III. Die Entscheidung darüber, ob die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person ausführbar ist, steht nach der herrschenden Lehre dem Ankläger zu. Das Gericht kann demnach das objektive Verfahren nicht deshalb ablehnen, weil es die Verfolgung usw. für ausführbar hält. E 8, 238. A. A. Friedländer, Das objektive Verfahren 25 ff. Ist aber das Verfahren eingeleitet, so ist die Einziehung oder Unbrauchbarmachung je nach der speziell in Betracht kommenden Bestimmung obligatorisch oder fakultativ. E 28, 122.

Digitized by Google

Zweiter Abschnitt.

Versuch.

Darüber, daß die Landesgesetzgebung bei den ihrer Regelung unterstehenden Materien an die reichsrechtlichen Vorschriften über den Versuch nicht gebunden ist, s. EG § 2 VI.

§ 43.

Wer den Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben, durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens oder Vergehens enthalten, bethätigt hat, ist, wenn das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen nicht zur Vollendung gekommen ist, wegen Versuches zu bestrafen.

Der Versuch eines Vergehens wird jedoch nur in den Fällen bestraft, in welchen das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt.

I. Für den Versuchsbegriff sind nach der vorliegenden Stelle folgende Momente von Wichtigkeit:

1. **Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben,** d. h. eine Handlung zu begehen, die sich rechtlich gewürdigt als Verbrechen oder Vergehen darstellt. Somit giebt es nur den Versuch eines vorsätzlichen, nicht den eines fahrlässigen Delikts. Nach der herrschenden Lehre genügt auch zum versuchten Delikte dolus eventualis. Gegen diese nicht unbedenkliche Auffassung v. Bar Ztschr. 18, 534 ff. — Ferner folgt, daß der Versuch einer Übertretung stets straflos ist; umgekehrt ist der eines Verbrechens stets strafbar. Beim Versuche des Vergehens kommt es darauf an, ob er ausdrücklich für strafbar erklärt worden ist oder nicht (Abs. 2).
2. **Der Entschluß muß bethätigt sein und zwar durch eine Handlung, die einen Anfang der Ausführung des Verbrechens oder Vergehens enthält.** Daraus ergiebt sich die **Straflosigkeit der bloßen Vorbereitungshandlungen.** Eine scharfe Abgrenzung derselben von den Ausführungshandlungen ist bis jetzt nicht gelungen und wohl überhaupt nicht möglich. Man wird aber von folgenden grundsätzlichen Erwägungen auszugehen haben:
   a) Unter Ausführungshandlung hat man diejenige zu verstehen, nach deren Vollzug entweder das Delikt vollendet ist (z. B. das Aussprechen der Eidesworte beim Meineide) oder doch der Thäter das Weitere dem Laufe der Dinge überläßt (z. B. Beibringen des Giftes beim Mord). Immer aber wird die Ausführung eine gewisse Zeitspanne umfassen und sich in eine Reihe von Einzelthätigkeiten zerlegen lassen. Was diese Einzelakte als Bestandteile der Ausführungshandlung erscheinen läßt, ist ihre naturgemäße Zusammengehörigkeit mit ihr. So vereinigen sich das Anlegen des Gewehres, das Zielen zu einer Einheit mit der Abgabe des Schusses, weil sich normalerweise die letzte Handlung nicht ohne die beiden ersten denken läßt. Aus dem gleichen Grunde betrachtet man im Leben das Ausholen der Hand zum Schlage als einen einheitlichen Akt mit dem Beibringen desselben, das Ausstrecken der Hand nach einer Sache als Einheit mit der Wegnahme. Daher wird man sagen dürfen: ein Anfang der Ausführung ist in allen Thätigkeitsakten zu finden, welche vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Ausführungshandlung für die natürliche Auffassung als Bestandteile derselben erscheinen.

      Der Regel nach werden die Bestandteile der Ausführungshandlung sich in unterbrochener zeitlicher Folge an einander anschließen. Notwendig aber ist das nicht. Z. B.: es wird jemand in der Art getäuscht, daß ihm durch sukzessives

Digitized by Google

Zureden an mehreren Tagen schließlich ein falsches Bild eines bestimmten Sachverhalts vorgespiegelt wird.

b) Namentlich scheiden aus dem Gebiete der Ausführungshandlung aus und fallen in das der Vorbereitungshandlung: α. das Beschaffen der Verbrechensmittel, β. die Zubereitung derselben, γ. das Auskundschaften von Gelegenheit, δ. das Sichhinbegeben zum Orte der That, ε. die Vornahme von Handlungen, die zur Sicherung der Begehung oder zur Vereitelung einer Bestrafung dienen sollen. — Alle diese Handlungen sind deshalb nicht Bestandteile der Ausführungshandlung, weil diese — und zwar durchaus normalerweise — auch ohne sie vollzogen werden kann. Möglicherweise hat ja der Verbrecher das Mittel zur Hand, ist es schon zubereitet, kennt er bereits die Gelegenheit, ist er schon am Orte der That anwesend, ohne daß die Beschaffung oder Zubereitung der Mittel, die Auskundschaftung von Gelegenheit usw. in verbrecherischer Absicht erfolgt wären.

Die vorgetragenen Ergebnisse sind allgemein anerkannt, wenn auch die Formulierung abweicht. E **13**, 212. **15**, 56. Am eingehendsten über die Frage Meyer, Der Anfang der Ausführung (1892), Lehrbuch 207: ein Anfang der Ausführung sei in jeder unumgänglichen Bedingung des Erfolgs zu finden. Baumgarten, Die Lehre vom Versuch (1887) 387 identifiziert Ausführungs- und Angriffshandlungen.

Der Umstand, daß eine als Vorbereitungshandlung gedachte Thätigkeit ohne weiteres den Erfolg verursacht, macht sie nicht zur Ausführungshandlung. Z. B. Diebe beabsichtigen, ein Haus zu plündern und dann in Brand zu setzen; um sich über die Örtlichkeit zu orientieren, zünden sie ein Feuer an, das direkt das Haus in Brand setzt. In derartigen Fällen kann höchstens von fahrlässiger Begehung die Rede sein.

Über ausnahmsweise strafbare Versuchshandlungen s. u. III.

3. **Das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen darf nicht zur Vollendung gekommen sein.** — Auf den ersten Blick erscheint dieses Moment überflüssig. Indessen muß ihm eine größere Bedeutung beigelegt werden, als gewöhnlich geschieht. Denn es bringt den Gedanken zum Ausdruck, daß eine vollendete Handlung niemals Versuch sein kann. So auch Klee, Wille und Erfolg in der Versuchslehre (1898) 27. Ist also der vom Thäter vorgestellte Erfolg, soweit er zum Thatbestande gehört, infolge seiner Thätigkeit eingetreten, so liegt darin niemals Versuch, wohl aber möglicherweise ein Putativdelikt (§ 59 V 4). Z. B. in den Fällen des § 174 Nr. 2 oder 3 glaubt der Thäter irrtümlich, er sei ein Beamter. Eine Handlung wird m. a. W. nicht deshalb ein Versuch, weil sich der Thäter irrtümlich für ein zur Begehung des Delikts taugliches Subjekt hielt. Ist aber in derartigen Fällen die vollendete Handlung nicht strafbar, so ist es noch viel weniger die versuchte (z. B. der Thäter, der nur vermeintlich ein Beamter ist, versuchte die unzüchtige Handlung nur). — Außerdem bringen die hervorgehobenen Gesetzesworte die Subsidiarität des Versuchs zum Ausdrucke. Vergl. § 74.

Über Fälle, in denen trotz scheinbaren Eintritts des Erfolgs nur Versuch vorliegt, s. § 59 VII.

II. **Die Streitfrage nach der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs hat somit nur Bedeutung für den Versuch am absolut untauglichen Objekt oder mit absolut untauglichen Mitteln.** Ist es z. B. strafbar, wenn jemand mit Tötungsvorsatz auf einen Baumstumpf schießt, den er für einen Menschen hält, oder wenn er mit einem ungeladenen Gewehr, das er für geladen ansieht, einen Menschen zu erschießen sucht? Im wesentlichen hat man hierüber folgende Theorien aufgestellt:

1. Die objektive Theorie. Sie führt ihren Namen daher, weil sie zum strafbaren Versuche den Eintritt einer objektiven Gefahr verlangt. Von diesem Standpunkte aus verneint sie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Hauptvertreter sind Berner 144, Geyer Ztschr. 1, 30 ff., Olsh. 19 ff., Oppenh.-Del. 9 ff., wohl auch Meyer 210,

Digitized by Google

und Baumgarten, Versuch 421 ff. Die meisten Anhänger der objektiven Theorie geben zu, daß relative Untauglichkeit des Mittels oder des Objekts der Strafbarkeit nicht entgegenstehe. Von relativer Untauglichkeit des Mittels spricht man dann, wenn nur falsche Anwendung seine Tauglichkeit hindert (z. B. zu schwaches Gift), von relativer Untauglichkeit des Objekts dann, wenn seiner Tauglichkeit nur besondere Schutzmaßregeln entgegenstehen.

2. Die subjektive Theorie, hauptsächlich vertreten durch v. Buri, Ztschr. 1, 185 ff., Hälschner 1, 348 ff. und das RG (E 1, 439. 451. 8, 198. 17, 158), führt ihren Namen daher, daß sie von dem Versuche nicht mehr verlangt als eine Bethätigung des verbrecherischen Willens und den Begriff der Gefahr rein subjektiv faßt (vergl. § 1 II), demgemäß behauptet sie die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. In einzelnen Urteilen hat das RG die subjektive Theorie so stark betont, daß es im Gegensatz zu dem oben I a. E. vertretenen Standpunkte zur Annahme strafbaren Versuchs auch dann gelangt, wenn die Untauglichkeit im Subjekt liegt, dieses aber sich für tauglich hielt. So namentlich neuerdings E 34, 217: Strafbarkeit des Abtreibungsversuchs von seiten einer nur vermeintlich schwangeren Frauensperson. Gegen dieses Urteil M. E. Mayer DJZ 7, 330 ff.; dafür Stenglein das. 332 ff.

Gegen die objektive Theorie ist einzuwenden, daß das Erfordernis der Gefährdung eines bestimmten Objekts aus dem Gesetze nicht mit überzeugender Kraft zu entnehmen ist. Erheblichere Bedenken aber richten sich gegen die subjektive Theorie. Denn indem sie über die objektive Seite der That hinwegsieht und ganz allgemein eine nicht rechtswidrige Handlung deshalb für strafbar erklärt, weil der Thäter annahm, es sei ein Umstand vorhanden, der sie strafbar gemacht hätte, erhebt sie das Vorstellungsleben des Thäters zum Recht erzeugenden Faktor und gerät in Widerspruch mit dem Satze nulla poena sine lege. Denn es kann nicht angenommen werden, daß die vorliegende Stelle diesen Satz in dem Sinne der subjektiven Theorie modifiziert habe. Vielmehr sagt § 43 nur: eine vorsätzliche Willensbethätigung, die als vollendete Handlung rechtswidrig und strafbar wäre, bleibt es auch dann, wenn sie nicht zur Vollendung gelangt ist. Der Begriff des Versuchs erfordert also den vollen Thatbestand des Delikts mit der einzigen Ausnahme, daß die kausale Verbindung zwischen Thätigkeit und Objekt nicht oder doch nicht im Sinne des Thäters eingetreten ist. Gerade in dem Mangel dieser kausalen Verbindung besteht das Wesen des Versuchs (s. o. I 3). Daraus ergiebt sich entgegen der Rechtsprechung des RG's die Straflosigkeit des Versuchs am absolut untauglichen Objekt. Straflos ist, wer einen Schuß gegen einen Baumstumpf abfeuert in der Meinung, einen Menschen vor sich zu haben. Dabei ist es unerheblich, daß der Thäter vielleicht eine wirklich existierende Person im Auge hatte und den Baumstumpf für diese hielt. Denn der konkreten Handlung fehlte es in jedem Falle an dem Objekte. Ebenso ist straflos, wer mit einer fremden Frauensperson konkubiert in der Meinung, sie sei seine Schwester.

Ganz anders aber liegt die Sache, wenn A auf den in großer Entfernung stehenden und deshalb mit dem Schusse unerreichbaren B schießt. Hier fehlt es der Handlung keineswegs an dem Objekte, und sehr mit Unrecht hat man diesen Fall als den eines Versuchs am absolut untauglichen Objekte bezeichnet.

Ist aber der volle Thatbestand des Delikts bis auf die kausale Verbindung vorhanden, so legt das Gesetz kein Gewicht darauf, weshalb es an dieser fehlte. Daraus ergiebt sich mit der Rechtsprechung des RG's grundsätzlich die Strafbarkeit des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln. Z. B. Mordversuch mittels Zuckers, der für Arsenik gehalten wird; oder Abtreibungsversuch mittels eines unschuldigen Trankes.

Nur dann ist der Versuch mit absolut untauglichen Mitteln straflos, wenn die Anwendung eines bestimmten Mittels zum Thatbestande gehört. Wer einem andern in der Absicht, dessen Gesundheit zu schädigen, anstatt Arsenik Zucker beibringt, kann nicht auf Grund des § 229 bestraft werden.

Digitized by Google

Man darf dieser Theorie nicht entgegenhalten, daß sie zur Bestrafung eines abergläubigen Gebahrens (Totbeten, Distelpflücken, Kronthalerstecken) führe, denn in derartigen Fällen fehlt es an dem rechten Dolus (§ 59 VII 2). Überdies will hier der Thäter meist nicht selbst die That begehen, sondern nur eine überirdische Macht dazu bestimmen. Vergl. E **33**, 321.

Die gleiche Ansicht vertreten im wesentlichen Hagemann Arch. **32**, 221 ff., Havenstein das. **36**, 33 ff., Kroschel GS **41**, 273 f. **43**, 216 ff. In anderer Weise vermitteln zwischen der objektiven und der subjektiven Theorie v. Liszt § 47, Kohler, Studien a. d. Strafrecht (1890) **1**, 8 ff. Vergl. auch Oetker Ztschr. **17**, 53 ff.

III. **Das Bedürfnis des praktischen Lebens fordert in einer Reihe von Fällen die Bestrafung der bloßen Vorbereitungshandlung.** Das Gesetz erreicht dieses Ziel auf verschiedene Weise:

1. Zuweilen werden Vorbereitungshandlungen zu selbständigen strafbaren Handlungen (delicta sui generis) erklärt. Z. B. §§ 151. 201.
2. Anderwärts werden Handlungen, die sich begrifflich nur als Vorbereitungshandlungen darstellen, in den Thatbestand des Verbrechens aufgenommen und so zum Range von Ausführungshandlungen erhoben. Dies bei den sog. zusammengesetzten Delikten. Z. B. §§ 176 Nr. 1. 177. 243 Nr. 2—4. 249. Daher beginnt bei der Notzucht der Versuch schon mit dem Anfange der Gewaltsausübung, bei dem Diebstahle mittels Erbrechens von Behältnissen in dem Augenblicke, in dem mit dem Erbrechen begonnen wird. R **4**, 44.
3. Endlich wird zuweilen das „Unternehmen" einer strafbaren Handlung unter Strafe gestellt. Wie sich dieser Begriff zu dem der Vorbereitungs- und Ausführungshandlungen verhält, ist bestritten. Im allgemeinen (z. B. § 159) bedeutet Unternehmen den mit Überlegung vorgenommenen Versuch. Begründung s. zu § 105. Vergl. §§ 81. 82.

IV. **Nichtbeendigter und beendigter Versuch.** — Der Grund, weshalb eine verbrecherische Thätigkeit im Versuchsstadium stecken bleibt, kann ein mehrfacher sein:

1. Die Ausführungshandlung ist zwar begonnen, aber nicht abgeschlossen worden. Z. B. in dem Augenblicke, in dem der Mörder das angeschlagene Gewehr losdrücken will, wird es ihm aus der Hand geschlagen. Sog. **nichtbeendigter Versuch.**
2. Die Ausführungshandlung ist zwar abgeschlossen worden, hat aber den Erfolg nicht bewirkt. Z. B. der abgefeuerte Schuß geht fehl. Sog. **beendigter Versuch.** Meist wird der beendigte Versuch ein sog. fehlgeschlagenes Verbrechen (délit manqué) im Sinne der romanischen Rechte sein. Von einem solchen spricht man dann, wenn der Nichteintritt des Erfolges sicher ist. Es lassen sich aber auch Fälle denken, in denen sich der Eintritt des Erfolges als noch möglich, ja als sicher darstellt und doch die Handlung vorläufig noch als Versuch erscheint, weil bisjetzt der Erfolg noch nicht bewirkt ist. Z. B. X, auf den ein Mordanfall unternommen worden ist, wird voraussichtlich erst nach Jahr und Tag an der erhaltenen Wunde sterben. Über das Verhältnis des délit manqué zu den in der deutschen Theorie aufgestellten Unterscheidungen innerhalb des Versuchs s. des näheren James Goldschmidt, Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch (1895).

In den Fällen, in welchen trotz scheinbaren Eintritts des Erfolgs nur Versuch vorliegt (s. § 59 VII 2), ist dieser je nach Lage der Sache ein beendigter oder ein nicht beendigter.

V. **Bei einzelnen Deliktsarten ist die Möglichkeit eines Versuchs bestritten.** Dies namentlich in folgenden Fällen:

1. bei den Unterlassungsdelikten. Ist das Unterlassungsdelikt ein unechtes (§ 1 V), so läßt sich ein Versuch sehr wohl denken. Z. B. der Zug überwindet das Hindernis, dessen Beseitigung der Bahnwärter unterlassen hat. So die herrschende Lehre. Dagegen ist die Möglichkeit eines Versuchs des echten Unterlassungsdelikts schon deshalb zu verneinen, weil nicht ersichtlich ist, worin hier der Anfang der Ausführung liegen soll. Ebenso Baumgarten, Versuch 435, Hälschner **1**, 134, Oppenh.-Del. 15, Kitzinger,

Digitized by Google

Ort und Zeit der Handlung (1902) 231. A. A. Olsh. 27, während Meyer 202 einen Versuch zwar für möglich, aber nicht für strafbar hält;

2. dann, wenn ausnahmsweise eine bloße Versuchs- oder eine Vorbereitungshandlung mit selbständiger Strafe bedroht ist. Hier hat man mit Olsh. 28 zu unterscheiden:
   a) Wird die Handlung ausdrücklich als Versuchs- oder Vorbereitungshandlung für eine andere unter Strafe gestellt, so ist Versuch nicht möglich. Z. B. § 86.
   b) Stellt sich dagegen die Handlung nur begrifflich als Versuchs- oder Vorbereitungshandlung dar, so ist Versuch möglich. Z. B. § 229. Vergl. auch Merkel 124 ff.;
3. bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten. Auch hier ist zu unterscheiden:
   a) Der Thäter hatte sich die Herbeiführung des schwereren Erfolges vorgesetzt, dieser tritt aber nicht ein. In diesem Falle ist Versuch möglich. Z. B. der Thäter „wollte" dem andern ein Auge ausschlagen: Versuch nach § 245. Ebenso Olsh. 3 zu § 225, E 9, 67. A. A. Binding, Lehrb. 52. Eine andere Frage ist freilich die, ob, wenn der Vorsatz auf die Herbeiführung des schwereren Erfolges gerichtet ist, der Charakter des Delikts sich nicht durchaus ändert. So wird zweifellos die Körperverletzung mit tödlichem Erfolge zum Morde oder Totschlag; tritt der Tod nicht ein, so liegt Mord- oder Totschlagsversuch vor.
   b) Der Thäter hat sich die Herbeiführung des schwereren Erfolges vorgesetzt und dieser tritt schon zufolge des nur versuchten einfachen Delikts ein. Z. B. in dem unter a angeführten Falle weicht der andere dem Schlage aus, stößt sich dabei aber derartig, daß er das Auge verliert. Hier liegt ebenfalls Versuch vor. Ebenso v. Liszt § 46. Dagegen nimmt Thomsen, Über den Versuch der durch ein Folge qualifizierten Delikte (1895) 85 vollendetes Delikt an, während Reuter, Der Raufhandel (1899) 63 sowohl den Versuch als die Vollendung bestreitet.
   c) Der Thäter hat sich die Herbeiführung des schwereren Erfolges nicht vorgesetzt, aber dieser tritt zufolge des versuchten einfachen Delikts ein. In diesem Falle liegt nur der Versuch des einfachen Delikts vor, mit dem aber unter Umständen die fahrlässige Herbeiführung des schwereren Erfolges konkurriert. Dagegen nehmen v. Liszt § 46 Versuch, Thomsen a. a. O. 60. 85 Vollendung des qualifizierten Delikts an. Gegen v. Liszt besonders Reuter, Raufhandel 56 ff.;
4. in allen Fällen, bei welchen die Strafbarkeit durch einen außerhalb des Thatbestands liegenden Umstand bedingt ist. Hier kann von Versuch nur dann die Rede sein, wenn die Bedingung vor oder nach Vollzug der Handlung wirklich eintritt. Ebenso v. Liszt § 46, Olsh. 5. Dagegen hat E 13, 41 Versuch des betrügerischen Bankerotts (KO § 239) ohne Eintritt der Zahlungseinstellung angenommen, allerdings von der Annahme ausgehend, daß die Herbeiführung der Zahlungsunfähigkeit den Erfolg des Delikts ausmache.

§ 44.

Das versuchte Verbrechen oder Vergehen ist milder zu bestrafen, als das vollendete.

Ist das vollendete Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein, neben welcher auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden kann.

Ist das vollendete Verbrechen mit lebenslänglicher Festungshaft bedroht, so tritt Festungshaft nicht unter drei Jahren ein.

In den übrigen Fällen kann die Strafe bis auf ein Viertel des Mindest-

Digitized by Google

betrages der auf das vollendete Verbrechen oder Vergehen angedrohten Freiheits- und Geldstrafe ermäßigt werden. Ist hiernach Zuchthausstrafe unter Einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Maßgabe des § 21 in Gefängnis zu verwandeln.

I. Das Gesetz stellt über das beim Versuche zulässige Strafmaß zwei Grundsätze auf:

1. **Das Gericht darf bei Versuch niemals die bei vollendetem Delikte zulässige Maximalstrafe aussprechen** (erster Abs.: deutschrechtliches Prinzip der Erfolgshaftung). Es muß also hinter dem Strafmaximum in der Art zurückbleiben, wie es nach der Natur der Strafe zulässig ist. Vergl. § 19.
2. **Das Gericht darf bei Versuch die bei vollendetem Delikt zulässige Minimalstrafe auf ein Viertel ermäßigen** (letzter Abs.). Dabei bleiben aber immer die in den §§ 14—18. 27 festgesetzten Minimalbeträge der einzelnen Strafarten maßgebend. Demgemäß ist Zuchthausstrafe unter einem Jahre unzulässig und ein geringerer Betrag nach § 21 in Gefängnis umzuwandeln. Ist das Minimum für das vollendete Delikt = 1 Monat, so kann entsprechend dem Satze in dubio mitius auf 7, nicht bloß auf 8 Tage erkannt werden. Ebenso Olsh. 6, a. A. die meisten, bes. E 5, 442.

II. **Beide Grundsätze bedürfen einer Modifikation, wenn die auf das vollendete Delikt angedrohte Strafe unteilbar ist.** S. hierüber Abs. 2 und 3. Dabei tauchen aber verschiedene Zweifel auf.

1. Zufolge der vom Reichstage gefaßten Beschlüsse hat der Richter da, wo bei vollendetem Verbrechen lebenslängliche Zuchthausstrafe angedroht ist, zumeist auch die Möglichkeit, auf zeitige Zuchthausstrafe zu erkennen (z. B. §§ 214. 215. 251. 307). Die herrschende Lehre (E 16, 400. 33, 181) nimmt an, daß der Richter auch beim Versuch einen entsprechenden doppelten Strafrahmen habe, z. B. beim § 214 entweder auf Zuchthaus von 3—15 oder von 2½—14 Jahre 11 Monate erkennen dürfe. A. A. Oppenh.-Del. 8.
2. Nach § 38 darf auf Polizeiaufsicht nur dann erkannt werden, wenn sie im Einzelfalle zugelassen ist, dagegen läßt die vorliegende Stelle im 2. Absatze Polizeiaufsicht generell zu, wenn Todes- oder lebenslängliche Zuchthausstrafe angedroht ist, diese Strafen aber wegen mangelnder Vollendung des Delikts in zeitige Freiheitsstrafen umgewandelt werden müssen. Dies hatte seinen Grund, solange eben bloß lebenslängliche Zuchthausstrafe angedroht war, seitdem aber, wie unter 1 bemerkt, neben der lebenslänglichen auch zeitige Zuchthausstrafe statthaft geworden ist, muß an dem Grundsatze des § 38 um so mehr festgehalten werden, als sonst das versuchte Delikt unter Umständen strenger bestraft werden könnte als das vollendete. Daher ist ein auf Polizeiaufsicht lautendes Urteil nur dann statthaft, wenn auch neben der zeitigen Freiheitsstrafe die Polizeiaufsicht ausdrücklich zugelassen ist (z. B. § 251 wegen § 256). Ebenso Oppenh.-Del. 9. (Selbstverständlich gilt das Gesagte nicht für die wenigen Fälle, in denen nur lebenslängliches Zuchthaus angedroht ist. Z. B. § 88.) — Die herrschende Lehre läßt in allen hierher gehörigen Fällen die Polizeiaufsicht zu. Olsh. 5, E 16, 400.

III. **Bei jugendlichen Verbrechern ist zuerst die Strafe gemäß § 44 und dann erst gemäß § 57 zu reduzieren.**

§ 45.

Wenn neben der Strafe des vollendeten Verbrechens oder Vergehens die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte zulässig oder geboten ist, oder auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden kann, so gilt Gleiches bei der Versuchsstrafe.

Digitized by Google

Die Stelle bringt zum Ausdruck, daß beim Versuche neben der Hauptstrafe an **Nebenstrafen** und **polizeilichen Maßregeln** nur auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte (diese unter den besonderen Voraussetzungen des § 32) und auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden darf. Vergl. § 44 II 2. Aus dem Verhältnisse des § 35 zur Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ist mit der herrschenden Lehre die Zulässigkeit der dort vorgesehenen Maßregel zu folgern. Desgleichen folgt die Zulässigkeit der Einziehung schon aus dem Wortlaute des § 40 („bestimmt sind"). Dagegen sind die Nebenstrafen usw. der §§ 81. 83. 128. 129. 161. 358 beim Versuche unstatthaft. E **18**, 76.

§ 46.

Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter

1. **die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne daß er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder**
2. **zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.**

I. Die Stelle behandelt den **Rücktritt vom Versuch.** Dieser erfolgt in verschiedener Weise, je nachdem der Versuch ein nichtbeendigter (Nr. 1) oder ein beendigter (Nr. 2) ist. Vergl. § 43 IV. Im letzteren Falle erfordert der Rücktritt ein positives Handeln; daher auch „thätige Reue". In beiden Fällen bewirkt er, wenn er freiwillig erfolgt, Straflosigkeit des Thäters. Die verschiedenen Rechtfertigungsversuche dieser historisch überkommenen Rechtsanschauung s. bei R. Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue (1889).

II. Was zunächst den **Rücktritt vom nichtbeendigten Versuche** betrifft, so besteht er in einem Aufgeben der Ausführung der beabsichtigten Handlung, also in einem „Nichtweiterhandeln". Z. B.: der Einbrecher unterläßt die Wegnahme von Sachen; derjenige, der in mörderischer Absicht einen andern bereits niedergeworfen hat, versetzt ihm den tödlichen Stich nicht. Ganz anders, wenn der Thäter nur die Wiederholung der Ausführungshandlung aufgiebt. Z. B. nach erfolglosem Abfeuern eines Laufes unterläßt er es, den zweiten Lauf abzufeuern. Hier liegt nicht unbeendigter, sondern beendigter Versuch vor, und von einem die Strafbarkeit aufhebenden Rücktritt kann gar keine Rede sein. A. A. scheinbar Hatzig, Über den Rücktritt vom Versuch (1897) 42. — Der Rücktritt muß stets ein **freiwilliger** sein. Anstatt aber dieses Erfordernis positiv aufzustellen, schlägt der Gesetzgeber den umgekehrten Weg ein: er sagt (in dem mit „ohne daß" beginnenden Satze), wann das Aufgeben der Ausführung ein unfreiwilliges ist. Es ist aber ein unfreiwilliges, wenn der Ausführung ein Hindernis entgegengetreten ist, und zwar ein von dem Willen des Thäters unabhängiges. Freiwillig ist also der Rücktritt nur bei einem autonomen, selbstgesetzten Motiv, wenn m. a. W. der Thäter sich sagt: ich will nicht weiter handeln, selbst wenn ich es könnte. In allen andern Fällen ist er unfreiwillig, namentlich dann, wenn der Thäter sich sagt: ich kann nicht weiter handeln, selbst wenn ich es wollte. Im ersten Falle braucht das Motiv des Thäters keineswegs ein ethisches (z. B. Reue) zu sein. Freiwillig ist der Rücktritt z. B. auch dann, wenn der Einbrecher durch die Geringfügigkeit der Beute vom Stehlen abgehalten wird. E **24**, 222. Anderseits steht der Freiwilligkeit des Rücktritts nicht nur ein wirkliches, sondern auch ein vermeintliches Hindernis entgegen. Z. B.: der Thäter flüchtet vor einem Geräusch, das in Wahrheit nur ein eingebildetes war oder vom Winde herrührte. Diese subjektive Interpretation, welche namentlich auch Olsh. 11 und v. Liszt § 48 vertreten, ist um so mehr geboten, als es sich im Grunde nur um eine Erkenntnis des verbrecherischen Willens handelt. Wenn dagegen ein auftretender Um-

Digitized by Google

stand weder objektiv ein Hindernis enthält, noch auch subjektiv für ein solches angesehen wurde, so bleibt der darauf zurückzuführende Rücktritt ein freiwilliger. Z. B. der Thäter fürchtet von einem zusehenden Kinde zwar nicht Hinderung, aber Anzeige. Vergl. hierüber das nicht ganz unbedenkliche Urteil E 16, 182. Anderseits ist der Rücktritt ein unfreiwilliger, wenn er durch die Annahme der persönlichen Unfähigkeit zum Weiterhandeln begründet wurde. R 4, 543.

Bestritten ist die Frage, ob ein Abstehen von dieser individuellen Ausführung genügt, oder ob ein gänzliches Fallenlassen des verbrecherischen Entschlusses erforderlich ist. Angesichts des Wortlautes des Gesetzes ist die erstere, herrschende Ansicht für die richtige zu halten. Wenn freilich der Thäter den jetzt bereits geschaffenen Zustand demnächst zur Fortsetzung seiner Thätigkeit benutzen will, so liegt ein Aufgeben der Ausführung überhaupt nicht vor. Z. B. die Durchstechung eines Dammes, um eine Überschwemmung herbeizuführen, vollzieht sich in einer Reihe von Nächten. Ebensowenig, wenn er nur das Mittel der Ausführung wechseln will.

III. Der **Rücktritt vom beendigten Versuche** erfolgt durch positive Thätigkeit, nämlich durch Abwendung des Erfolgs. Z. B. der Absender einer Höllenmaschine warnt rechtzeitig den Empfänger. Möglich ist der Rücktritt nur so lange, als noch die Möglichkeit besteht, daß der Erfolg eintritt, also nicht mehr beim fehlgeschlagenen Delikt (§ 43 IV 2), z. B. wenn der Thäter vorbeigeschossen hat (s. o. II). Im übrigen bedarf es der wirklichen Verhinderung des Erfolgs. Tritt er trotz redlichen Bemühens, ihn abzuwenden, dennoch ein, so ist die Handlung als vollendetes Delikt strafbar. Außerdem fordert das Gesetz zum Rücktritte:

1. Abwendung des Erfolges durch eigene Thätigkeit des Zurücktretenden. Wird der Erfolg auf irgendwelche andere Weise verhindert, so bleibt der Versuch strafbar. Dies gilt selbst dann, wenn der Thäter bereits vor der schließlich auf andere Weise bewirkten Abwendung des Erfolges zu dem gleichen Zwecke thätig geworden war. Z. B.: A giebt dem B mit Tötungsvorsatz Gift und später, um ihn zu retten, Gegengift ein. Bevor aber B das Gegengift nimmt, hat er das Gift bereits ausgebrochen. Daß bei beendigtem Versuch mit absolut untauglichem Mittel ein Rücktritt ausgeschlossen erscheint, ist eine unvermeidliche Konsequenz. Dagegen liegt eigene Thätigkeit auch dann vor, wenn sich der Zurücktretende fremder Kräfte bedient, z. B. einen Arzt zum Eingeben des Gegengiftes veranlaßt. E 1, 375. 15, 44;
2. Freiwilligkeit des Rücktritts. Auch hier wird dieses Erfordernis nicht ausdrücklich aufgestellt. Das Gesetz kleidet es vielmehr in ein objektives Gewand, indem es zur Straflosigkeit fordert, daß die That zur Zeit der Abwendung des Erfolgs noch nicht entdeckt war. Wurde die Handlung von vornherein von dritten Personen wahrgenommen, so ist ein von Strafe befreiender Rücktritt nicht möglich.
   a) Entdeckt ist eine Handlung nicht schon dann, wenn sie zur Kenntnis einer beliebigen dritten Person gelangt, sondern nur, wenn von dieser dritten Person ein Einschreiten, sei es Abwendung des Erfolges, sei es Anzeige, zu erwarten ist. Ebenso v. Liszt § 48, Meyer 215, Olsh. 21, E 1, 375. Viel zu weit gehen das RG (E 1, 306), Olsh. 20 u. a., welche Entdeckung schlechthin schon dann annehmen, wenn die That zur Kenntnis des Angegriffenen gelangt ist. Übereinstimmend bes. v. Liszt § 48, Meyer 215, Thomsen a. a. O. (§ 43 V) 75.
   b) Zum Begriffe des Entdeckens gehört ferner, daß ein dritter die That entweder selbst wahrgenommen oder doch durch Schlußfolgerung erkannt habe. Offenbart sich daher der Thäter einem dritten oder benutzt er ihn zur Abwendung des Erfolgs, so liegt ein Entdecken nicht vor. Ebenso Olsh. 22, Meyer 215, v. Liszt § 48.
   c) Entdeckt muß die Handlung sein, d. h. die Handlung in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, also nicht bloß das äußere Thun. Wer einen Schuß hört oder gar von ihm verletzt wird, ohne zu wissen, daß er in mörderischer Absicht abgegeben wurde, hat den Mordversuch nicht entdeckt. Ebenso Meyer 215. A. A. scheinbar E 3, 93.

Digitized by Google

d) Bei der objektiven Ausdrucksweise des Gesetzes kann kein Gewicht darauf gelegt werden, ob der Thäter um die Entdeckung wußte oder nicht. Er bleibt mithin auch dann straffrei, wenn er die Handlung für entdeckt hielt, ohne daß sie es wirklich war. So auch Meyer 215.

e) Ebensowenig kommt es darauf an, ob der Thäter entdeckt war oder nicht.

IV. **Der freiwillige Rücktritt bewirkt Straflosigkeit, soweit die Handlung sich als Versuch darstellt.** Ist sie aber gleichzeitig ein vollendetes Delikt, so ist sie unter diesem Gesichtspunkte strafbar. Man spricht alsdann von qualifiziertem Versuche. Z. B. kann mit Betrugsversuch vollendete Urkundenfälschung konkurrieren. Der Rücktritt vom ersteren steht der Bestrafung der letzteren nicht entgegen. Stets aber wird Idealkonkurrenz vorausgesetzt. Liegt dagegen sog. Gesetzeskonkurrenz vor (vergl. darüber § 73), so kommt der durch das versuchte Delikt konsumierte Thatbestand kriminalistisch nicht mehr in Betracht. So bes. Berner 157, Olsh. 3, Hatzig a. a. O. 40. Vergl. auch **E 15**, 12. A. A. bes. Baumgarten, Versuch 457, Schlecht Ztschr. **19**, 829 ff. Daher ist bei Rücktritt vom Mordversuche Bestrafung wegen Körperverletzung nur dann möglich, wenn der Dolus des Thäters wenigstens eventuell auf Körperverletzung gerichtet war. Vergl. besonders § 216.

V. **Dritten Beteiligten kommt der Rücktritt des Thäters nicht zu gute.** Denn die Thatsache, daß dieser einen strafbaren Versuch begangen hat, bleibt bestehen. So die meisten, bes. **E 14**, 19. **16**, 347. A. A. (unter Berufung auf den Wortlaut des Gesetzes, der nicht mehr ins Gewicht fällt, sobald man die abweichende Fassung des § 43 gegenüber dem § 31 des preuß. StGB's ins Auge faßt) Olsh. 2, Heilborn, Der agent provocateur (1901) 123 ff., Berner 165, Herzog, a. a. O. 260, Meyer 227. Dagegen können dritte Beteiligte sich durch eigenen Rücktritt Straflosigkeit erwerben. Z. B. der Anstifter verhindert den Thäter, die Ausführungshandlung zu vollziehen, oder er wendet, nachdem diese vollzogen ist, den Erfolg ab. Dies beruht einmal auf der Erwägung, daß das Gesetz den Ausdruck „Thäter" keineswegs immer im technischen Sinne gebraucht, und sodann auf einem unabweisbaren Analogieschlusse. Vergl. § 2 I 2.

VI. **Sehr bestritten ist die Frage, ob, wenn das Gesetz ausnahmsweise Versuchs- oder Vorbereitungshandlungen unter selbständige Strafe stellt, der Rücktritt Straflosigkeit im Gefolge hat.** Hier ist von folgenden Erwägungen auszugehen:

1. In einzelnen Fällen bedeutet die Bedrohung des Versuchs oder der Vorbereitungshandlung mit selbständiger Strafe nur, daß die Versuchsstrafe ausnahmsweise eine andere sein soll, als die Regel des § 43 ergiebt, oder daß die Strafbarkeit bereits in einem früheren Stadium als dem des Versuchs beginnen soll. Z. B. §§ 86. 105. In diesen Fällen liegt kein Grund vor, dem Rücktritte die Wirkung als Strafaufhebungsgrund zu versagen.
2. In andern Fällen werden Handlungen, die sich, materiell betrachtet, als Vorbereitungs- oder Versuchshandlungen darstellen, mit Rücksicht auf ihre selbständige rechtliche Bedeutung unter Strafe gestellt, so daß sie also, vom Standpunkte des Gesetzgebers aus angesehen, nicht lediglich als Vorbereitungshandlungen für ein anderes Delikt in Betracht kommen. S. §§ 229. 360 Nr. 4—6. 366 Nr. 4—7. Werden derartige Handlungen zum Zwecke der Begehung eines andern Delikts begangen, so ist der Rücktritt von diesem letzteren nicht geeignet, Straflosigkeit wegen der ersteren zu bewirken. Ob der eine oder der andere Fall vorliegt, ist durch Interpretation zu entscheiden. Ausnahmsweise giebt das Gesetz im § 204 eine ausdrückliche Auskunft.

In ähnlicher Weise unterscheidet Olsh. 5, in anderer Binding, Lehrb. 11 ff. Schlechthin behaupten Wirkungslosigkeit des Rücktritts Baumgarten, a. a. O. 470, v. Liszt § 48, Meyer 216, Hatzig a. a. O. 38. Vergl. auch **E 10**, 324. Dagegen schlechthin für Straflosigkeit Herzog, a. a. O. 230.

VII. **Dem Rücktritte verwandt ist die Abwendung des weiteren Schadens.** Ihr legt das Gesetz ausnahmsweise in den §§ 158. 163. 310 teils strafausschließende, teils strafmildernde Wirkung bei.

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Teilnahme.

I. **Begriff der Teilnahme.** — Teilnahme im Sinne des Gesetzes ist nur ein solches Verhalten, durch das eine Bedingung für den Erfolg gesetzt wird. Darin liegt folgendes:

1. Es giebt nur eine dem strafrechtlich erheblichen Erfolge voraufgehende, keine nachfolgende Teilnahme. Die verschiedenen Formen der Begünstigung und Partiererei scheiden daher aus dem Gebiete der Teilnahme aus und werden demgemäß als selbständige Delikte (§§ 257 ff.) behandelt.
2. Ein dem Erfolg zwar voraufgehendes, aber ihn nicht bedingendes Verhalten ist nicht Teilnahme. Dies gilt zunächst für die bloße Mitwissenschaft des geplanten Delikts. Deshalb wird die Unterlassung der Anzeige außerhalb des vorliegenden Abschnittes geregelt (§ 139). Aus dem gleichen Grunde ist die bloße Teilnahme an der Verabredung der Begehung eines Delikts nicht Teilnahme an dem Delikte selbst. Dies trifft sowohl dann zu, wenn es sich um die Verabredung eines bestimmten Delikts (Komplott), wie auch dann, wenn es sich um die Verabredung unbestimmter Delikte (Bande) handelt. Doch hat der Gesetzgeber beides in einzelnen Fällen unter selbständige Strafe gestellt oder auch als Strafschärfungsgründe verwertet. S. §§ 49a. 83. 243 Nr. 6. 250 Nr. 2. Sprengstoffgesetz. § 6, Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse § 5, MStGB §§ 59. 100. 103. Daß in der Teilnahme an der Verabredung Beihilfe oder Anstiftung liegen kann, ist selbstverständlich. Keinesfalls aber darf § 128 dazu benutzt werden, um zu einer Bestrafung des Komplotts oder der Bande zu gelangen. Als Teilnahmeformen kennt das Gesetz die Mitthäterschaft (§ 47), die Anstiftung (§ 48) und die Beihilfe (§ 49). Die erstere ist aber, wie der Name zeigt, nur eine Form der Thäterschaft und das, was für die andern beiden Formen gilt, daher nicht ohne weiteres auf sie anwendbar. S. u. II und IV und v. Liszt § 50.

II. **Verhältnis der Teilnahme zur Thäterschaft.** — Ein Strafrecht ohne den Begriff der Teilnahme wäre sehr wohl denkbar, weil es an sich möglich wäre, jedes den Erfolg bedingende Verhalten als Thäterschaft (Mitthäterschaft) aufzufassen. Das StGB tritt indessen dieser Auffassung nicht bei. Es beruht vielmehr auf dem Gedanken, daß die Thäterschaft in dem Setzen einer Ursache, die Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) in dem Setzen einer bloßen Bedingung besteht. Aus dem hierüber zu § 1 IV 1 Gesagten ergiebt sich der Satz: der Thäterschaft gehört das Gebiet der physisch vermittelten, der Teilnahme das der psychisch vermittelten Kausalität an.

Allerdings führt das Gesetz diesen Gedanken nicht folgerichtig durch; es behandelt vielmehr im Interesse einer mildern Bestrafung auch einzelne Fälle der Verursachung als bloße Teilnahme.

Aus dem Grundgedanken des Gesetzes ergiebt sich, daß genau dasselbe Verhalten bald als Thäterschaft, bald als Teilnahme erscheinen kann, je nach der Art und Weise, wie es den Erfolg bedingt. Z. B. ich veranlasse durch ein am Strande abgegebenes Feuerzeichen den Steuermann zu einem falschen Kurse, so daß das Schiff strandet. In diesem Falle bin ich Thäter des im § 323 normierten Delikts, wenn ich den Steuermann irreführe, dagegen nur Teilnehmer, wenn der Steuermann mit mir im Einverständnis steht und unter Benutzung des Signals die Strandung vorsätzlich bewirke.

III. **Verhältnis der Teilnahme zur mittelbaren Thäterschaft insbesondere.** — Wie zu § 1 IV 1 ausgeführt wurde, erscheint eine Bedingung, die lediglich durch das Medium einer den Erfolg vorsätzlich herbeiführenden Person wirkt, nicht als Ursache. Damit ist gesagt, daß, wenn die Mittelsperson den Erfolg unvorsätzlich, sei es schuldlos, sei es

Digitized by Google

in fahrlässiger Weise herbeiführt, jene Bedingung gleichzeitig Ursache ist. Wird sie von jemanden schuldhaft gesetzt, so ist er nicht Teilnehmer, sondern mittelbarer Thäter. Nicht haftende Mittelspersonen (Werkzeuge in der Hand des eigentlichen Thäters) können sein: unzurechnungsfähige dritte Personen, z. B. Geisteskranke (vergl. auch §§ 55. 56); zurechnungsfähige dritte Personen, sofern sie entweder ohne den erforderlichen Vorsatz handeln oder auf eine dem § 52 entsprechende Weise zur Handlung genötigt werden; unter der gleichen Voraussetzung der Verletzte selbst. Z. B. der Elektrotechniker veranlaßt ein Kind, an einen Draht mit hochgespanntem Strome zu greifen und sich so zu verletzen. Vergl. E 26, 243.

Thäter ist selbstverständlich auch derjenige, der durch Vermittelung eines Tieres den Erfolg herbeiführt. Man braucht hier aber nicht von mittelbarer Thäterschaft zu sprechen.

Häufig wird aber noch ein weiterer Fall hinzugefügt, der dann vorliegen soll, wenn der Deliktsbegriff eine bestimmte Absicht fordert, diese aber nicht bei dem unmittelbar thätig Werdenden, sondern nur bei einem sonst Beteiligten vorhanden ist. Z. B. A veranlaßt den B zur Wegnahme einer dem X gehörigen Sache; nur A hat die Zueignungsabsicht, aber nicht B. So v. Liszt § 50, Olsh. 17 zu § 47. Vergl. auch R 6, 416. In der That ist dieser Fall sehr zweifelhaft. Er führt zu der bedenklichen Annahme eines „dolosen Werkzeugs". S. auch Mittermaier Ztschr. 21, 255 und unten 2. — Bestritten sind außerdem folgende Punkte:

1. Man behauptet, mittelbare Thäterschaft liege nur dann vor, wenn die Mittelsperson von der andern zu ihren Zwecken benutzt werde, sie sei aber ausgeschlossen, wenn umgekehrt die andere die Zwecke der Mittelsperson unterstütze. S. Birkmeyer, Die Lehre v. d. Teilnahme u. die Rechtsprechung des Reichsgerichts (1890) 163. Zu dieser oder ähnlichen Beschränkungen liegt indessen kein Grund vor. Mittelbarer Thäter ist nicht nur, wer den Geisteskranken zur Tötung eines Kindes bestimmt, sondern auch wer den bereits zur Tötung entschlossenen Geisteskranken dadurch unterstützt, daß er die Flucht des Kindes verhindert. Im wesentlichen übereinstimmend E 18, 419.
2. Es fragt sich, ob mittelbare Thäterschaft bei allen Delikten möglich ist. Bei den Amtsdelikten ist daran festzuhalten, daß sie von einem Nichtbeamten auch im Wege der mittelbaren Thäterschaft nicht begangen werden können. Dies folgt aus der Existenz des § 271. Bedient sich umgekehrt der Beamte eines nicht vorsätzlich handelnden dritten, um den objektiven Thatbestand eines Amtsdelikts zu erfüllen, so unterliegt die Annahme mittelbarer Thäterschaft keinem Zweifel. Bedenklich aber ist die (von E 28, 109 vertretene) Konstruktion einer mittelbaren Thäterschaft in dem Falle, daß der dritte vorsätzlich handelt. — Beim Meineide ist die Unmöglichkeit unmittelbarer Thäterschaft direkt aus dem Gesetze, nämlich aus § 160 zu entnehmen. Und überhaupt kann sie dann ausgeschlossen sein, wenn das Wesentliche des Delikts nicht in der Thatsache der Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, sondern in der Art und Weise zu finden ist, wie er herbeigeführt wird. Veranlaßt z. B. A den geisteskranken X, mit seiner (des A) Mutter zu konkumbieren, so liegt zweifellos der Thatbestand der Blutschande nicht vor. Das Wesentliche bei diesem Delikt ist nicht die „Schwächung" der Frauensperson, sondern die Vereinigung der Geschlechtsteile blutsverwandter Personen zum Beischlaf. Dagegen wird man die Möglichkeit einer von einer Frauensperson im Wege der mittelbaren Thäterschaft begangenen Notzucht nicht bestreiten dürfen. Denn bei der Notzucht ist das Charakteristische der gewaltsame Beischlaf, also der Erfolg der Handlung. In den meisten Punkten übereinstimmend Höpfner, Ztschr. 22, 205 ff. Dagegen will v. Liszt § 50 mittelbare Thäterschaft überall zulassen, Olsh. 5 z. 3. Abschn. sie ausschließen, sofern die betreffende Person das Delikt nicht auch in unmittelbarer Thäterschaft begehen kann. Vergl. auch (in anderer Weise unterscheidend) Köhler, Studien 1, 131 ff.
3. Liegt mittelbare Thäterschaft nur dann vor, wenn der dritte die Unzurechnungs-

Digitized by Google

Dritter Abschnitt.

Teilnahme.

I. **Begriff der Teilnahme.** — Teilnahme im Sinne des Gesetzes ist nur ein solches Verhalten, durch das eine Bedingung für den Erfolg gesetzt wird. Darin liegt folgendes:

1. Es giebt nur eine dem strafrechtlich erheblichen Erfolge voraufgehende, keine nachfolgende Teilnahme. Die verschiedenen Formen der Begünstigung und Partiererei scheiden daher aus dem Gebiete der Teilnahme aus und werden demgemäß als selbständige Delikte (§§ 257 ff.) behandelt.
2. Ein dem Erfolg zwar voraufgehendes, aber ihn nicht bedingendes Verhalten ist nicht Teilnahme. Dies gilt zunächst für die bloße Mitwissenschaft des geplanten Delikts. Deshalb wird die Unterlassung der Anzeige außerhalb des vorliegenden Abschnittes geregelt (§ 139). Aus dem gleichen Grunde ist die bloße Teilnahme an der Verabredung der Begehung eines Delikts nicht Teilnahme an dem Delikte selbst. Dies trifft sowohl dann zu, wenn es sich um die Verabredung eines bestimmten Delikts (Komplott), wie auch dann, wenn es sich um die Verabredung unbestimmter Delikte (Bande) handelt. Doch hat der Gesetzgeber beides in einzelnen Fällen unter selbständige Strafe gestellt oder auch als Strafschärfungsgründe verwertet. S. §§ 49a. 83. 243 Nr. 6. 250 Nr. 2. Sprengstoffgesetz. § 6, Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse § 5, MStGB §§ 59. 100. 103. Daß in der Teilnahme an der Verabredung Beihilfe oder Anstiftung liegen kann, ist selbstverständlich. Keinesfalls aber darf § 128 dazu benutzt werden, um zu einer Bestrafung des Komplotts oder der Bande zu gelangen. Als Teilnahmeformen kennt das Gesetz die Mitthäterschaft (§ 47), die Anstiftung (§ 48) und die Beihilfe (§ 49). Die erstere ist aber, wie der Name zeigt, nur eine Form der Thäterschaft und das, was für die andern beiden Formen gilt, daher nicht ohne weiteres auf sie anwendbar. S. u. II und IV und v. Liszt § 50.

II. **Verhältnis der Teilnahme zur Thäterschaft.** — Ein Strafrecht ohne den Begriff der Teilnahme wäre sehr wohl denkbar, weil es an sich möglich wäre, jedes den Erfolg bedingende Verhalten als Thäterschaft (Mitthäterschaft) aufzufassen. Das StGB tritt indessen dieser Auffassung nicht bei. Es beruht vielmehr auf dem Gedanken, daß die Thäterschaft in dem Setzen einer Ursache, die Teilnahme (Anstiftung und Beihilfe) in dem Setzen einer bloßen Bedingung besteht. Aus dem hierüber zu § 1 IV 1 Gesagten ergiebt sich der Satz: der Thäterschaft gehört das Gebiet der physisch vermittelten, der Teilnahme das der psychisch vermittelten Kausalität an.

Allerdings führt das Gesetz diesen Gedanken nicht folgerichtig durch; es behandelt vielmehr im Interesse einer mildern Bestrafung auch einzelne Fälle der Verursachung als bloße Teilnahme.

Aus dem Grundgedanken des Gesetzes ergiebt sich, daß genau dasselbe Verhalten bald als Thäterschaft, bald als Teilnahme erscheinen kann, je nach der Art und Weise, wie es den Erfolg bedingt. Z. B. ich veranlasse durch ein am Strande abgegebenes Feuerzeichen den Steuermann zu einem falschen Kurse, so daß das Schiff strandet. In diesem Falle bin ich Thäter des im § 323 normierten Delikts, wenn ich den Steuermann irreführe, dagegen nur Teilnehmer, wenn der Steuermann mit mir im Einverständnis steht und unter Benutzung des Signals die Strandung vorsätzlich bewirke.

III. **Verhältnis der Teilnahme zur mittelbaren Thäterschaft insbesondere.** — Wie zu § 1 IV 1 ausgeführt wurde, erscheint eine Bedingung, die lediglich durch das Medium einer den Erfolg vorsätzlich herbeiführenden Person wirkt, nicht als Ursache. Damit ist gesagt, daß, wenn die Mittelsperson den Erfolg unvorsätzlich, sei es schuldlos, sei es

Digitized by Google

in fahrlässiger Weise herbeiführt, jene Bedingung gleichzeitig Ursache ist. Wird sie von jemanden schuldhaft gesetzt, so ist er nicht Teilnehmer, sondern mittelbarer Thäter. Nicht haftende Mittelspersonen (Werkzeuge in der Hand des eigentlichen Thäters) können sein: unzurechnungsfähige dritte Personen, z. B. Geisteskranke (vergl. auch §§ 55. 56); zurechnungsfähige dritte Personen, sofern sie entweder ohne den erforderlichen Vorsatz handeln oder auf eine dem § 52 entsprechende Weise zur Handlung genötigt werden; unter der gleichen Voraussetzung der Verletzte selbst. Z. B. der Elektrotechniker veranlaßt ein Kind, an einen Draht mit hochgespanntem Strome zu greifen und sich so zu verletzen. Vergl. E 26, 243.

Thäter ist selbstverständlich auch derjenige, der durch Vermittelung eines Tieres den Erfolg herbeiführt. Man braucht hier aber nicht von mittelbarer Thäterschaft zu sprechen.

Häufig wird aber noch ein weiterer Fall hinzugefügt, der dann vorliegen soll, wenn der Deliktsbegriff eine bestimmte Absicht fordert, diese aber nicht bei dem unmittelbar thätig Werdenden, sondern nur bei einem sonst Beteiligten vorhanden ist. Z. B. A veranlaßt den B zur Wegnahme einer dem X gehörigen Sache; nur A hat die Zueignungsabsicht, aber nicht B. So v. Liszt § 50, Olsh. 17 zu § 47. Vergl. auch R 6, 416. In der That ist dieser Fall sehr zweifelhaft. Er führt zu der bedenklichen Annahme eines „dolosen Werkzeugs". S. auch Mittermaier Ztschr. 21, 255 und unten 2. — Bestritten sind außerdem folgende Punkte:

1. Man behauptet, mittelbare Thäterschaft liege nur dann vor, wenn die Mittelsperson von der andern zu ihren Zwecken benutzt werde, sie sei aber ausgeschlossen, wenn umgekehrt die andere die Zwecke der Mittelsperson unterstütze. S. Birkmeyer, Die Lehre v. d. Teilnahme u. die Rechtsprechung des Reichsgerichts (1890) 163. Zu dieser oder ähnlichen Beschränkungen liegt indessen kein Grund vor. Mittelbarer Thäter ist nicht nur, wer den Geisteskranken zur Tötung eines Kindes bestimmt, sondern auch wer den bereits zur Tötung entschlossenen Geisteskranken dadurch unterstützt, daß er die Flucht des Kindes verhindert. Im wesentlichen übereinstimmend E 18, 419.
2. Es fragt sich, ob mittelbare Thäterschaft bei allen Delikten möglich ist. Bei den Amtsdelikten ist daran festzuhalten, daß sie von einem Nichtbeamten auch im Wege der mittelbaren Thäterschaft nicht begangen werden können. Dies folgt aus der Existenz des § 271. Bedient sich umgekehrt der Beamte eines nicht vorsätzlich handelnden dritten, um den objektiven Thatbestand eines Amtsdelikts zu erfüllen, so unterliegt die Annahme mittelbarer Thäterschaft keinem Zweifel. Bedenklich aber ist die (von E 28, 109 vertretene) Konstruktion einer mittelbaren Thäterschaft in dem Falle, daß der dritte vorsätzlich handelt. — Beim Meineide ist die Unmöglichkeit unmittelbarer Thäterschaft direkt aus dem Gesetze, nämlich aus § 160 zu entnehmen. Und überhaupt kann sie dann ausgeschlossen sein, wenn das Wesentliche des Delikts nicht in der Thatsache der Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, sondern in der Art und Weise zu finden ist, wie er herbeigeführt wird. Veranlaßt z. B. A den geisteskranken X, mit seiner (des A) Mutter zu konkumbieren, so liegt zweifellos der Thatbestand der Blutschande nicht vor. Das Wesentliche bei diesem Delikt ist nicht die „Schwächung" der Frauensperson, sondern die Vereinigung der Geschlechtsteile blutsverwandter Personen zum Beischlaf. Dagegen wird man die Möglichkeit einer von einer Frauensperson im Wege der mittelbaren Thäterschaft begangenen Notzucht nicht bestreiten dürfen. Denn bei der Notzucht ist das Charakteristische der gewaltsame Beischlaf, also der Erfolg der Handlung. In den meisten Punkten übereinstimmend Höpfner, Ztschr. 22, 205 ff. Dagegen will v. Liszt § 50 mittelbare Thäterschaft überall zulassen, Olsh. 5 z. 3. Abschn. sie ausschließen, sofern die betreffende Person das Delikt nicht auch in unmittelbarer Thäterschaft begehen kann. Vergl. auch (in anderer Weise unterscheidend) Köhler, Studien 1, 131 ff.
3. Liegt mittelbare Thäterschaft nur dann vor, wenn der dritte die Unzurechnungs-

Digitized by Google

fähigkeit, die Schuldlosigkeit usw. der Mittelsperson kannte, oder auch dann, wenn er sie nicht kannte? Es ist klar, daß diese Kenntnis oder Unkenntnis kein Hindernis der objektiven Verursachung ist. Da aber bei Unkenntnis der Geisteskrankheit der dritte nicht weiß, daß er verursacht, so kann hier nur von fahrlässiger Thäterschaft die Rede sein. Ebenso A. Horn GS 54, 376. Dagegen gelangt E 11, 56 anscheinend zu der Folgerung, daß die in Frage stehende Unkenntnis jede Verantwortung ausschließe, während sie nach v. Liszt § 50 ganz einflußlos sein soll. Vergl. § 47 V.

Zu der ganzen Lehre s. noch Mößmer, die mittelbare Thäterschaft (1892), v. Helldorf, die mittelbare Thäterschaft (1895), Mittermaier, Ztschr. 21, 235 ff.

IV. **Allen Formen der Teilnahme unter Einschluß der Mitthäterschaft ist die Frage gemeinsam, ob sie nur zu dem vorsätzlichen oder auch zu dem fahrlässigen Handeln eines andern denkbar sind.** Der Wortlaut der §§ 47. 48 spricht für die letztere Ansicht, während § 49 eine Deutung in diesem Sinne wenigstens zuläßt. Nun haben aber die Kategorieen der Anstiftung und der Beihilfe grundsätzlich nur insofern Existenzberechtigung, als man eine „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs" annimmt, als m. a. W. das betr. Verhalten nur eine Bedingung, nicht aber eine Ursache ist (s. o. II). Wird durch das Dazwischentreten einer nur fahrlässig handelnden Person der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen, die Ursachenqualität nicht beseitigt, so genügt auch die Kategorie der mittelbaren Thäterschaft (s. o. III) vollauf, und es hat keinen Zweck, die Strafbarkeit erst unter dem Gesichtspunkte der Anstiftung oder der Beihilfe zu begründen. Daher ist bei einem fahrlässigen Delikte zwar Mitthäterschaft möglich, aber nicht Anstiftung und Beihilfe. Die herrschende Lehre verneint durchaus. E 10, 8. 16, 277. 23, 175. 30, 292. Umgekehrt wird die Frage für alle Teilnahmeformen bejaht von Binding, Grundriß 1, 135—137 und Bintz, Die Teilnahme bei fahrlässig begangenen Handlungen (1895). Andere, z. B. Olsh. 10 zu § 47, 18 zu § 48, 18 zu § 49 und Birkmeyer, Teilnahme 141, verneinen bezüglich der Mitthäterschaft, bejahen bezüglich der Anstiftung und Beihilfe.

V. **Ausnahmen von den für die Teilnahme geltenden Grundsätzen.** — Der aus dem 3. Abschnitt folgende Satz, daß jeder, der eine Bedingung zum Erfolge setzt, in irgend welcher Weise (als Mitthäter, Anstifter oder Gehilfe) für ihn haftet, läßt sich bei einzelnen Delikten nicht ohne Widerspruch mit deren eigentlichem Wesen durchführen.

1. Zunächst muß er eine Ausnahme erleiden in den Fällen der sog. **notwendigen Teilnahme.** Der Begriff ist neuerdings von Freudenthal eingehend behandelt worden (Die notwendige Teilnahme an Verbrechen [1901]). Dieser bestimmt im Anschlusse an MStGO § 35 die „Delikte mit notwendiger Teilnahme" als solche, welche nach ihrem gesetzlichen Thatbestande ein Zusammenwirken mehrerer bei Vornahme der unter Strafe gestellten Handlung voraussetzen (a. a. O. 100). (Nebenbei bemerkt, braucht dieses Mitwirken, wie F. mit Recht ausführt, kein allseits schuldhaftes zu sein. Deshalb fordert die notwendige Teilnahme nicht unbedingt eine Teilnahme im technischen Sinne, d. h. in dem des 3. Abschnittes.) Die Delikte mit notwendiger Teilnahme sind nach F. entweder Begegnungsdelikte oder Konvergenzdelikte. Bei den ersteren gehören zum Thatbestande zwei sich aufeinder zu bewegende Willensbethätigungen (z. B. Zweikampf, Stimmkauf). Bei den letzteren gehören zum Thatbestande mehrere Willensbethätigungen, die sich nicht aufeinander zu, sondern nach außen hin konvergierend bewegen (z. B. Aufruhr, Geheimbündelei). Wenn nun bei den Fällen der notwendigen Teilnahme das Gesetz nur die Thätigkeit einer der beteiligten Personen mit Strafe bedroht, so folgt zunächst, daß die Mitwirkung der anderen Personen, soweit sie notwendig ist, nicht bestraft werden kann. Z. B. ist beim Stimmkauf des § 109 nur der Käufer, nicht der Verkäufer der Stimme strafbar. Dieser Grundsatz wird allgemein anerkannt. E 8, 294. 25, 369. R 10, 713. Aber es muß weiter die Folgerung gezogen werden, daß der notwendig Mitbeteiligte, der nicht ausdrücklich für strafbar erklärt ist, auch dann straflos bleibt,

Digitized by Google

wenn er mehr thut, als gerade zur notwendigen Teilnahme erforderlich ist. Z. B. der Verkäufer der Wahlstimme veranlaßt einen dritten, dem Käufer das Geld zum Stimmkauf zu leihen. Denn aus der Straflosigkeit des Setzens einer Ursache (der Thäterschaft) ergiebt sich die Straflosigkeit des Setzens einer bloßen Bedingung. F. a. a. O. 110. 111 gelangt zu dem gleichen Ergebnis, indem er von der Straflosigkeit der Verletzungshandlung auf die der Gefährdungshandlung schließt. A. A. in dieser Beziehung das RG. E 2, 439. 5, 275. 435. 34, 273. R 4, 28.

2. Auch in andern Fällen zeigt die Fassung des Gesetzes, daß von mehreren Beteiligten nur einer als Thäter strafbar sein soll. Z. B. §§ 120. 174. 180. Diese Fälle unterscheiden sich von denen der notwendigen Teilnahme dadurch, daß eine Mitwirkung mehrerer stattfinden kann, aber nicht stattfinden muß. Entsprechend wie in den vorigen Fällen ist auch hier der Schluß zu ziehen, daß keine Art der Beteiligung strafbar sein soll. Z. B. der Gefangene stiftet einen andern an, ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein. Ebenso F. a. a. O. 111. Dagegen wird der letztere Schluß nicht gezogen von E 23, 59. R 4, 812, Beling, Ztschr. 18, 271 ff.

S. über die Frage noch v. Kries, Ztschr. 7, 521 ff. Dieser stellt u. a. den vielfach (z. B. E 18, 273) angenommenen Satz auf, daß Personen, zu deren Schutz ein Strafgesetz erlassen ist, wegen Teilnahme an dessen Übertretung nicht bestraft werden können. Hieraus folgt z. B., daß der minderjährige Schüler nicht nach § 174 Nr. 1 bestraft werden kann, wenn er den Lehrer anstiftet, unzüchtige Handlungen mit ihm vorzunehmen.

VI. Darüber, daß die Landesgesetze nicht an die reichsrechtlichen Vorschriften über Teilnahme gebunden sind, s. EG § 2 VI.

§ 47.

Wenn Mehrere eine strafbare Handlung gemeinschaftlich ausführen, so wird Jeder als Thäter bestraft.

I. **Die Stelle betrifft die Mitthäterschaft.** — Erfüllt von mehreren jeder den gesamten Thatbestand des Delikts in eigener Person, so ist es selbstverständlich, daß jeder als Thäter bestraft wird. Z. B. A und B steigen gemeinschaftlich ein, jener nimmt eine Uhr, dieser ein Schmuckkästchen weg (Mitthäterschaft im weiteren Sinne). Hier liegen, genau betrachtet, zwei Diebstähle vor, und es wäre auch ohne § 47 klar, daß sowohl A wie B als Thäter haften. Unterliegt es nun auch keinem Bedenken, auf derartige Fälle mit der herrschenden Lehre den Begriff der Mitthäterschaft anzuwenden, so muß doch daran festgehalten werden, daß § 47 in erster Linie solche Fälle im Auge hat, bei denen nur ein strafrechtlich erheblicher Erfolg durch gemeinschaftliche Ausführungsthätigkeit verursacht wird. Z. B. A und B geben dem X je eine Dosis Gift ein; X stirbt an der Summe der Dosen (Mitthäterschaft im engeren Sinne). § 47 sagt demnach: Haben mehrere Personen durch gemeinschaftliche Ausführungsthätigkeit einen Erfolg verursacht, so haftet jede für den ganzen Erfolg. Jeder Mitthäter haftte mit andern Worten so, als ob er Alleinthäter wäre.

II. **Unterschied von Mitthäterschaft und Beihilfe.** — Es fragt sich: wie ist der Begriff der „gemeinschaftlichen Ausführung" näher zu bestimmen und namentlich von der „Hilfeleistung" des § 49 abzugrenzen? Im wesentlichen stehen sich zwei Theorieen gegenüber.

1. Die **objektive Theorie** legt das Gewicht auf das Maß der entfalteten Thätigkeit. Sie fordert bei Mitthäterschaft prinzipiell gleichwertige Beteiligung, bei Beihilfe minderwertige Beteiligung. Den schärfsten Ausdruck hat die objektive Theorie bei Birkmeyer gefunden (Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des Reichsgerichts. [1890]). Ausführen bedeutet nach ihm: eine Ursache, Hilfe leisten dagegen: eine Bedingung zum Erfolg setzen. Der Mitthäter setzt eine

Digitized by Google

Mitursache zum Erfolge, der Gehilfe nur eine Bedingung. Ursache aber ist nach Birkmeyer die am schwersten wiegende Bedingung. (Vergl. § 1 IV.) Daher nimmt er Mitursache und Mitthäterschaft nur dann an, wenn zwei Bedingungen in dem Sinne gleichwertig sind, daß keine von ihnen den Erfolg hätte allein herbeiführen können. Z. B. mehrere Personen tragen einen schweren Gegenstand weg, dessen Gewicht die Kraft des einzelnen übersteigt. Oder: zwei Personen geben einem dritten je eine Dosis Gift ein; der dritte stirbt infolge der Summe der beiden Dosen. Gelegentlich formuliert Birkmeyer seine Ansicht auch so, daß er sagt, der Mitthäter müsse eine Thatbestandshandlung ausgeführt haben. Im Ergebnis stimmen wesentlich überein: Meyer 235, v. Liszt § 50, Merkel 144, Oppenh.-Del. 13, Hälschner 1, 377 ff.

2. Die **subjektive Theorie** wird in ihrer reinsten Form von v. Buri vertreten (s. bes.: Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen u. der Begünstigung [1860]. Urheberschaft u. Beihilfe, GS 19, 278 ff., Arch. 17, 233 ff.). Nach ihm kann zwischen Ursache und Bedingung nicht unterschieden werden. Alle Bedingungen sind gleichwertig. Daher ist es auch nicht möglich, den Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihife in einem objektiven Kriterium zu finden. Er liegt vielmehr in der Willensrichtung: der Mitthäter handelt mit dem animus auctoris, er will die That als seine eigene, er verfolgt ein eigenes Interesse bei ihr, er will sie unbedingt. Dagegen handelt der Gehilfe mit dem animus socii, er will die That als eine fremde, er verfolgt kein eigenes Interesse bei ihr, er will sie nur, falls der Thäter sie will. Auf das Maß der entwickelten Thätigkeit kommt es nicht an.

Zwischen beiden Theorieen wird in mannigfacher Weise vermittelt. Das RG steht grundsätzlich auf dem Boden der subjektiven Theorie, verlangt aber doch zur Annahme von Mitthäterschaft eine Mitwirkung im Augenblicke der Ausführung, ohne indessen auf das Maß derselben irgend welches Gewicht zu legen. So betrachtet es z. B. das Wachestehen während der Ausführung als Mitthäterschaft. E 9, 75. 15, 295. 26, 345. 351 (sogar passive Assistenz wird hier als Mitthäterschaft angesehen!). Anderseits aber nimmt das RG bei mangelndem animus auctoris selbst dann nur Beihilfe an, wenn eine Thatbestandshandlung ausgeführt wurde. E 3, 181. Auf dem gleichen Standpunkte steht Olsh. 5; ähnlich auch v. Lilienthal 45, der zur Mitthäterschaft den Vorsatz der Ausführung verlangt und unter Ausführung die unmittelbar auf Herbeiführung des Erfolgs gerichtete Thätigkeit versteht. Vergl. auch Beling 42. Wieder anders Berner 158 ff. und Binding Grundriß, 134 ff.

Gegen die subjektive Theorie spricht zunächst, daß sie keinen Ausdruck im Gesetze gefunden hat. Sodann scheitert sie, wie v. Liszt § 50 hervorhebt, daran, daß sie bei Alleinbegehung der That in fremdem Interesse die Thäterschaft leugnen muß.

Der Ausgangspunkt muß daher ein objektiver sein, und der Unterschied zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe kann nur in dem Unterschiede der Bedingung gefunden werden, derart, daß die mehrwertigen Bedingungen der Mitthäterschaft, die minderwertigen der Beihilfe zugewiesen werden. Als minderwertig erscheinen aber nach dem StGB:

1. diejenigen Bedingungen, welche nur Bedingungen und nicht gleichzeitig Ursachen sind; vergl. § 1 IV 1. Wer direkt nur auf die Person eines andern (des Thäters) einwirkt, der dann seinerseits vorsätzlich den Erfolg herbeiführt, ist somit nur Gehilfe. Z. B.: wer dem Thäter die Mittel zum Verbrechen einhändigt, den Weg zeigt, die günstige Gelegenheit ausspäht; wer ihn zum Fenster hebt, durch das er einsteigen will, wer ihn durch Sicherheitsmaßregeln ermutigt. M. a. W.: die psychisch vermittelte Kausalität gehört nicht der Thäterschaft, sondern der Beihilfe (oder Anstiftung) an. Ebenso A. Horn GS 54, 321 ff.;
2. diejenigen Bedingungen, welche zwar Ursachen sind, aber nicht mindestens einen Anfang der Ausführung enthalten. Daß auf dem Begriff

Digitized by Google

der „Ausführung" ein Ton liegt, beweist der Wortlaut des § 47, und daß auch sonst diejenigen Bedingungen, in denen kein Anfang der Ausführung enthalten ist, als minderwertig behandelt werden, ergiebt sich aus § 43. Vergl. besonders Berner Vorrede XIV. Wenn nun auch eine scharfe Bestimmung des Begriffs der Ausführung bis jetzt nicht gelungen ist, so ist doch die Erkenntnis von Bedeutung, daß die Grenze zwischen Mitthäterschaft und Beihilfe großenteils zusammenfällt mit der zwischen Versuch und Vorbereitung. Mitthäter ist daher, wer das Opfer hält, während ihm der andere den Todesstoß giebt. Gehilfe dagegen, wer den dritten durch Zureden bestimmt, den Weg zu nehmen, auf dem ihm der Spießgeselle auflauert. Mitthäter ist ferner, wer bei zusammengesetzten Delikten eine zum Thatbestande gehörige Handlung vornimmt, bei der Notzucht also nicht nur derjenige, welcher den geschlechtlichen Akt vollzieht, sondern auch wer Gewalt gegen die Frauensperson anwendet.

Dennoch wäre es unzutreffend, wenn man behaupten wollte, der Gehilfe bereite vor, der Mitthäter führe aus. Denn die Thätigkeit des ersteren braucht nicht notwendig der des letzteren zeitlich voraufzugehen. So ist z. B. in dem Überreichen eines Messers oder in dem Wachestehen während der Ausführung Beihilfe zu finden. (Setzen einer „negativen Bedingung", d. h. einer solchen, durch welche eine den Erfolg hindernde Kraft vom Eingreifen abgehalten wird. Vergl. § 1.) Das Wesentliche liegt nur in der negativen Seite, nämlich darin, daß der Gehilfe (zwar eine Bedingung setzt, jedoch) nicht ausführt. (Hiergegen besonders Olsh. 5.) Danach ist es sogar denkbar, daß die Thätigkeit des Gehilfen der des Thäters nachfolgt; z. B. nachdem A den X verwundet hat, verhindert B den herbeieilenden Arzt einzugreifen. Dagegen hält es A. Horn GS 54, 375 für wesentlich, daß die Gehilfenthätigkeit vorausgeht.

III. Die Haftung des Mitthäters für den ganzen Erfolg rechtfertigt sich dadurch, daß zur Mitthäterschaft das **Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit** gehört, d. h. das Bewußtsein, daß sich die eigene Thätigkeit mit einer fremden verbinde, durch eine fremde ergänzt werde. Ob dieses Bewußtsein bei sämtlichen Beteiligten vorliegen, also Einverständnis sein muß, oder ob es genügt, wenn es nur bei einzelnen vorhanden ist, ist bestritten. Die Vertreter der letzteren Ansicht gelangen zur Annahme einer „einseitigen Mitthäterschaft". So Kohler, Studien 1, 105, Meyer 237. Z. B.: A betäubt den X in der Voraussicht, daß B, der hiervon nichts weiß, die Tasche des X ausplündern werde. Hier könnte bei A Raub, bei B Diebstahl angenommen werden. Indessen wird sich diese Auffassung kaum mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinigen lassen und ist daher einverständliches Zusammenwirken zu fordern. So auch E 5, 306. 23, 196.

Nach alledem läßt sich die Mitthäterschaft definieren als das einverständliche schuldhafte Zusammenwirken mehrerer Personen in der Art, daß jede mindestens eine solche Ursache zum Erfolge setzt, die sich als ein Anfang der Ausführung darstellt.

Gleichgiltig ist es, ob das Einverständnis schon vor Beginn der Ausführung oder erst während derselben erzielt wurde. In letzterem Falle spricht man von zufälliger Mitthäterschaft. R 1, 742. 7, 453. Man wird selbst nicht umhin können, auch eine sukzessive Mitthäterschaft anzunehmen. Von einer solchen spricht man dann, wenn das Einverständnis erst eintritt, nachdem die eine Person ihre Thätigkeit bereits abgeschlossen hat. Sie würde in dem obigen Beispiele vorliegen, wenn A den B nach Betäubung des X in seinen Plan eingeweiht hätte. So auch E 8, 42.

IV. **Exzeß eines Mitthäters.** — Die Grenze des Einverständnisses bildet zugleich die Grenze der gemeinschaftlichen Haftung. Kein Mitthäter haftet also für den sog. Exzeß des andern. Wenn A und B den X verabredungsgemäß durchprügeln und B benutzt diese Gelegenheit, um ihn auch zu bestehlen, so tritt eine Haftung des A für den Diebstahl nicht ein. Ein Exzeß ist jedoch nicht gegeben, wenn sich die Thätigkeit des einzelnen Beteiligten im Rahmen des Einverständnisses hält, aber einen Erfolg verursacht, für den

Digitized by Google

auch der Alleinthäter ohne volles Verschulden haftet. Versetzt in dem soeben angeführten Beispiele B dem X einen Schlag, durch welchen dieser ein Auge verliert, so haftet auch B wegen schwerer Körperverletzung auf Grund des § 224, vorausgesetzt, daß nicht B eine Art und Weise der Ausführung wählte, die außerhalb des Einverständnisses lag. E 14, 119. 21, 267. R 8, 577.

V. **Verschulden der Mitthäter.** — Zu dem Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit muß in subjektiver Beziehung das volle Verschulden hinzutreten, das zu dem Thatbestande des betreffenden Delikts gehört.

1. Sofern das Delikt ein vorsätzliches ist, muß der Mitthäter wissen, daß sich seine Thätigkeit mit der des andern zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolges verbinde („Bewußtsein der Mitverursachung", „Bewußtsein der komplementären Verursachung"). Läßt die dolose Verschuldung Abstufungen zu, so kann sie bei den verschiedenen Mitthätern eine verschiedene sein, und dieser Unterschied kann ebenso wie der Exzeß die Gleichartigkeit der Delikte beseitigen. Z. B.: der eine tötet mit, der andere ohne Überlegung: Mord und Totschlag. Vergl. R 7, 102: Diebstahl und Mundraub. — Fordert der Thatbestand eine bestimmte Absicht, die nur bei einem vorhanden ist, so ist der andere nicht Mitthäter, sondern höchstens Gehilfe.
2. Sofern das Delikt ein fahrlässiges ist (s. Vorbem. z. 3. Abschn. IV), besteht das Verschulden des Mitthäters darin, daß er nicht auf die Folgen achtet, die aus der gemeinsamen Thätigkeit entstehen. Z. B. A und B zünden gemeinsam ein Feuer an, das einen Waldbrand verursacht.
3. Auch darin kann das Verschulden der einzelnen von einander abweichen, daß der eine vorsätzlich, der andere fahrlässig handelt. In dem unter 2 erwähnten Beispiele kann sehr wohl auf der einen Seite vorsätzliche, auf der andern fahrlässige Brandstiftung vorliegen. S. Vorbem. z. 3. Abschn. IV und u. X.

Ist einer der Beteiligten unzurechnungsfähig, so lehnt die herrschende Lehre (auch E 17, 413. 19, 192) die Mitthäterschaft ab. Aber wohl mit Unrecht. Denn das Gesetz fordert im § 47 nicht wie in den §§ 48 und 49, daß einer den vollen Thatbestand des Deliktes in seiner Person erfüllt habe (vergl. § 48 I 4. § 49 II 4). Daß im objektiven Thatbestand auf allen Seiten Mängel vorliegen können, ist sicher. Warum soll aber für den subjektiven etwas anderes gelten? Insbesondere wird man daher in Fällen der erwähnten Art auch die qualifizierenden Formen der Mitthäterschaft (z. B. § 223 a annehmen und behaupten müssen, daß nichts darauf ankommt, ob der zurechnungsfähige Beteiligte die Unzurechnungsfähigkeit des andern kannte oder nicht. Vergl. Vorbem. z. 3. Abschn. III 4 und, wesentlich übereinstimmend, Freudenthal, Die notwendige Teilnahme (1901) 155.

VI. **Aus dem unter I Gesagten folgt, daß Mitthäterschaft nur insoweit möglich ist, als es Alleinthäterschaft ist.** Daher sinkt die Beteiligung eines Nichtbeamten an der Ausführung eines reinen Amtsdelikts, die eines Nichtmilitärs an einem militärischen Delikte zur Beihilfe herunter. Ebenso die meisten, auch das RG, z. B. E 31, 407. Dagegen läßt Hälschner 1, 438 in derartigen Fällen Mitthäterschaft zu. Aus den Vorbem. z. 3. Abschn. III 2 vertretenen Standpunkten folgt, daß auch eine Frauensperson Mitthäterin der Notzucht sein kann.

VII. **Versuch auf seiten eines Mitthäters.** — Aus dem Wesen der Mitthäterschaft als einer Haftung auch für das, was ein anderer gethan hat, ergiebt sich scheinbar die Konsequenz, daß jeder, dem verabredungsgemäß ein Teil der Ausführung zufällt, schon dann (wegen Versuchs) haftet, wenn nur einer mit der Ausführung begonnen hat. Diese mit allen Grundsätzen des Strafrechts in Widerspruch stehende Folgerung widerlegt sich durch die Erwägung, daß der Mitthäter erst durch wirkliche Thätigkeit zum Mitthäter wird. E 9, 3. R 7, 341 (irgend welche Thätigkeit genüge, auch die nicht verabredungsgemäße).

Digitized by Google

VIII. **Daß es eine Mitthäterschaft auch bei der Anstiftung und der Beihilfe giebt, kann angesichts des Wortlautes des § 47 nicht bezweifelt werden.** Denn Anstiftung und Beihilfe sind strafbare Handlungen, wenn auch ihre Strafbarkeit durch die Begehung der Hauptthat bedingt ist. A. A., aber nur terminologisch abweichend, Binding, Grundriß 1, 139.

IX. **Nicht zu verwechseln mit der Mitthäterschaft ist die Nebenthäterschaft oder Mehrthäterschaft.** Beiden ist gemeinsam, daß der Erfolg nur durch das Zusammenwirken verschiedener Thätigkeiten verursacht wird. Der Unterschied aber liegt

1. darin, daß zur Mitthäterschaft das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit gehört, während dieses bei der Nebenthäterschaft gerade fehlt;
2. darin, daß der Nebenthäter (bei vorsätzlichen Delikten) die Vorstellung hat, es werde der Erfolg durch seine Thätigkeit allein herbeigeführt, während der Mitthäter die Vorstellung hat, es bedürfe dazu noch einer ergänzenden Thätigkeit eines andern.

Auch bei der Nebenthäterschaft haftet jeder für den ganzen Erfolg. Der Rechtfertigungsgrund liegt hier in dem Umfange der Verschuldung.

Beispiel: A bietet dem X für die Tötung des Y 1000 Mark. Unabhängig davon bietet ihm B für die gleiche That 500 Mark. X wird erst durch die Summe beider Angebote bestimmt. Übereinstimmend **E 14**, 92. A. A. zufolge abweichender Kausalitätstheorieen Olsh. 5 zu § 48, Oppenh.-Del. 24 zu § 48.

Wer eine Mitthäterschaft bei fahrlässigen Delikten für unmöglich hält, dehnt entsprechend den Begriff der Nebenthäterschaft weiter aus. Vergl. z. B. v. Liszt § 50 und eingehender Haas, Die Mehrthäterschaft (1898).

§ 48.

Als Anstifter wird bestraft, wer einen Anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung durch Geschenke oder Versprechen, durch Drohung, durch Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt, durch absichtliche Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums oder durch andere Mittel vorsätzlich bestimmt hat.

Die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat.

I. **Begriff der Anstiftung.** — Das Gesetz charakterisiert die Anstiftung als die vorsätzliche Bestimmung eines andern zu der von ihm begangenen strafbaren Handlung. Hierin liegt folgendes.

1. Die objektive Seite der Anstiftung besteht darin, daß durch die Thätigkeit des Bestimmenden in dem andern der verbrecherische Entschluß hervorgerufen wird. Hierfür gelten die allgemeinen Regeln über den Kausalzusammenhang. S. §§ 1 III. 47 X. Ein bereits zur That Entschlossener kann nicht mehr angestiftet werden. Es giebt keine Anstiftung des alias oder omnimodo facturus. **E 18**, 121. Dies ist besonders in dem Falle wichtig, wenn zwei Personen eine dritte durch sukzessives Zureden bestimmen wollen, aber schon der ersten die Bestimmung gelingt; die zweite kann dann nicht mehr wegen Anstiftung, sondern nur auf Grund des § 49a bestraft werden. Gelingt die Bestimmung des dritten erst durch die gemeinschaftliche Thätigkeit mehrerer einverständlich handelnder Personen, so wird die Anstiftung in Mitthäterschaft begangen. Z. B. A. bietet 500, B 700 Mark, X aber wird erst durch die Summe von 1200 Mark zur That bestimmt. S. § 47 VIII. IX.

Digitized by Google

Daß der ganze Plan in dem Kopfe des Anstifters entstanden sei, fordert das Gesetz nicht. Trägt sich jemand mit der Idee eines Verbrechens, so ist derjenige, welcher die entgegenstehenden Bedenken bewußt beseitigt, als Anstifter zu bestrafen. Ebenso mache ich mich der Anstiftung schuldig, wenn ich jemanden, der sich zur Begehung eines Verbrechens gegen Lohn erbietet, diesen Lohn gewähre. Hälschner 1, 397.

2. In subjektiver Beziehung fordert die Anstiftung Dolus. Fahrlässige Anstiftung ist zwar denkbar, aber nicht strafbar. Näheres s. u. III.
3. Es giebt nur eine Anstiftung zu der von einem andern begangenen strafbaren Handlung. Daß es keine Selbstanstiftung giebt, versteht sich ohne weiteres. Es folgt aber außerdem, daß wenn der Anstifter demnächst die That selbst begeht, sei es als Allein-, sei es als Mitthäter, die Anstiftung als solche wegfällt. E 26, 198. S. § 74 V 2.
4. Die Anstiftung ist nur dann strafbar, wenn der Angestiftete die Handlung, zu welcher er angestiftet wurde, begangen oder wenigstens in strafbarer Weise zu begehen versucht hat. Die bloße Aufforderung zum Delinquieren ist für sich allein genommen nur ausnahmsweise strafbar. S. §§ 49a. 85. 110. 111. 112. 141. 159. 160. 357. Daraus folgt, daß der Versuch der Anstiftung als solcher nicht strafbar ist, gleichgiltig, ob der verbrecherische Entschluß nicht hervorgerufen oder nicht ausgeführt wird. (Hier zeigt sich ein wesentlicher Gegensatz zu der gemeinrechtlichen intellektuellen Urheberschaft.) Weil die Strafbarkeit der Anstiftung durch die Begehung der strafbaren Hauptthat bedingt ist, legt man der Anstiftung einen **akzessorischen Charakter** bei und sagt, sie entlehne ihre Strafbarkeit von der Hauptthat. Dies bedeutet, daß der Hauptthäter den Thatbestand des Delikts in seiner Person erfüllt oder wenigstens in strafbarer Weise zu erfüllen versucht haben muß. Erfüllt ist aber der Thatbestand des Delikts nur dann, wenn auch nach der subjektiven Seite hin kein Mangel vorliegt. Es giebt also nur Anstiftung (und Beihilfe) zu der schuldhaften That eines andern. Daß dies der Standpunkt des Gesetzes ist, folgt namentlich aus der Strafandrohung. Denn nur dann läßt sich die Strafe der Hauptthat bestimmen und daraus die der Anstiftung ableiten, wenn man die erstere auch nach ihrer subjektiven Seite hin betrachtet. S. Vorbem. z. 4. Abschn. 1. Tls. Fehlt es an der Schuld des Bestimmten, so ist der Bestimmende mittelbarer Thäter. S. Vorbem. z. 3. Abschn. 1. Teils III. Dagegen steht es weder dem Begriffe der Anstiftung noch auch ihrer Strafbarkeit entgegen, wenn der Hauptthäter wegen eines individuellen Strafausschließungsgrundes (z. B. Monarchenqualität) straflos ist oder wegen mangelnden Antrags in seiner Person nicht verfolgt werden kann. S. § 247 und die Vorbem. z. 4. Abschn. 1. Teils.
5. Im übrigen stellt das Gesetz hinsichtlich der Natur der Handlung, zu welcher angestiftet wird, kein anderes Erfordernis auf, als daß sie strafbar sei. Daher fällt insbesondere auch die Anstiftung zu einer Übertretung unter § 48. Die Bestimmung zu einer nicht strafbaren Handlung wird aber in einzelnen Fällen als delictum sui generis pönalisirt. Z. B. §§ 301 ff., Börsengef. § 78. Zweifel bestehen bezüglich folgender Fragen:
   a. Giebt es eine strafbare Anstiftung zur Mitthäterschaft, zur Anstiftung und zur Beihilfe? Die Frage ist zu bejahen. Denn wenn auch die Strafbarkeit dieser Teilnahmeformen vielleicht von der Begehung einer strafbaren Hauptthat abhängig ist, so sind sie doch wenigstens bedingt strafbare Handlungen. Ebenso Olsh. 23, Oppenh.-Del. 6, Rüd.-Stengl. 13. A. A. Meyer (4. Aufl.) 282, v. Liszt § 52. Vorausgesetzt wird jedoch, daß der Bestimmende sich nicht selbst an der Hauptthat als Thäter oder Mitthäter beteiligt hat. E 27, 273. S. o. 3 und § 74 V 2.
   b. Giebt es eine Anstiftung zu fahrlässigen Delikten? S. darüber Vorbem z. 3. Abschn. IV

Digitized by Google

c. Giebt es eine Anstiftung zum Versuche? S. darüber unten III 4.

II. **Die Mittel der Anstiftung** sind teils benannte, teils unbenannte.

1. Zu den benannten Mitteln ist zu bemerken:
   a. Drohung bedeutet die Ankündigung eines Übels in dem Sinne, daß der Ankündigende dessen Eintritt bewirken oder doch befördern werde. Daß das Übel gerade denjenigen treffen soll, an den sich die Drohung richtet, ist nicht erforderlich. Der Drohung mit Herbeiführung eines Übels steht die mit Nichtbeseitigung eines solchen gleich, sofern der Drohende in der Lage ist, die Beseitigung zu bewirken oder zu befördern. Auf die Ernstlichkeit der Drohung kommt es nicht an. Vergl. bes. Goehrs, Der Rechtsfrieden (1900) 100. Steigert sich die Drohung zu dem im § 52 bezeichneten Grade, so geht die Anstiftung in mittelbare Thäterschaft über. E **31**, 395. Die abweichende Ansicht Olsh. 14 zu § 52 würde dazu führen, daß, wer einen andern durch eine unter § 52 fallende Drohung bestimmt, sich selbst zu verletzen, straflos wäre.
   b. Mißbrauch des Ansehens oder der Gewalt. Ist letztere eine körperliche und steigert sie sich als solche zu dem Grade des § 52, so geht die Anstiftung in mittelbare Thäterschaft über.
   c. Herbeiführung oder Beförderung eines Irrtums. Beseitigt der Irrtum den Dolus, so liegt nicht Anstiftung, sondern mittelbare Thäterschaft vor.
2. Als unbenannte Mittel kommen alle irgendwie denkbaren in Betracht, z. B. Überredung (R **9**, 93), Anraten, Ausnutzung eines kameradschaftlichen Verhältnisses. Wenn überhaupt bestimmt worden ist, so ist auch durch irgend ein Mittel bestimmt worden.

III. **Der Dolus des Anstifters** besteht in dem Bewußtsein, daß er bestimmt und wozu er bestimmt. Vergl. darüber Löwenheim, Der Vorsatz des Anstifters (1897). Einzelnes:

1. Der Anstifter muß alle die Umstände kennen, welche die That des Haupttbäters zu einer strafbaren machen. Er muß wissen, daß er zur Wegnahme einer fremden Sache, daß er zur Verletzung eines Menschen bestimmt. Er muß, wenn der subjektive Thatbestand eines Delikts weitere Momente erfordert als den bloßen Vorsatz, z. B. eine bestimmte Absicht, wissen, daß diese in der Person des Thäters vorliegen. E. **20**, 12 (Eigennutz bei der Kuppelei. Vergl. auch § 193. Hervorgerufen braucht der Anstifter eine solche Absicht nicht zu haben. Ist das Delikt, zu dessen Begehung er anstiftet, ein Standesdelikt, so muß er wissen, daß der Bestimmte dem betreffenden Stande angehört, z. B. ein Beamter, eine Militärperson ist. Daß der Anstifter selbst Mitglied des Standes sei, verlangt das Gesetz nicht. Daher kann auch ein Nichtbeamter zu einem Beamtendelikte, ein Nichtmilitär zu einem militärischen Delikte anstiften. So die herrschende Lehre wegen des akzessorischen Charakters der Anstiftung. E. **15**, 398. **25**, 234. R. **9**, 218. A. A. Kohler, Studien **1**, 135.
2. Selbstverständlich muß der Anstifter wissen, daß er einen andern bestimmt. Es fragt sich aber, ob er diesen andern als eine individuell bestimmte Person ins Auge fassen muß oder nicht. An sich wäre dieses Erfordernis nicht aufzustellen, doch folgert E **3**, 145 mit der herrschenden Lehre aus § 111, daß es positiv-rechtlich aufgestellt werden muß. Abweichend Olsh. 8.
3. Die Frage, ob der Anstifter auch die That als eine bestimmte ins Auge fassen muß, ist zu bejahen, da sich der Dolus nur in Bezug auf konkrete Verhältnisse denken läßt und die modernen Gesetze da, wo die That nicht als bestimmte gedacht zu werden braucht, lieber von „verleiten" sprechen. Z. B. Börsengef. § 76. Wer lediglich in einem andern verbrecherische Neigungen erweckt, ist selbst dann nicht als Anstifter strafbar, wenn jene Neigungen in der That zur Begehung eines Deliktes führen. Anderseits ist nicht erforderlich, daß sich der Bestimmende alle Einzelheiten der That

Digitized by Google

vorſtellt. Vergl. über die bis jetzt noch nicht befriedigend beantwortete Frage E 1, 110. 26, 361. 34, 327. R. 9, 107, Heilborn, Der agent provocateur (1901) 95.

4. Beſtritten iſt endlich die Frage, ob der Dolus des Anſtifters dadurch ausgeſchloſſen wird, daß dieſer auf die Nichtvollendung der That rechnete, ob m. a. W. die Anſtiftung zum Verſuche ſtrafbar iſt. Z. B. der agent provocateur plant Ertappung des Thäters bei dem Verſuche. Zweifellos iſt der Verſuch eine ſtrafbare Handlung, und deshalb muß auch die Strafbarkeit der Anſtiftung zum Verſuche bejaht werden. Ebenſo Olsh. 21, Löwenheim a. a. O. 50, Heilborn a. a. O. (zuſammenfaſſend) 188, Binding, Grundriß 1, 136. A. A. v. Liſzt § 52, Katzenſtein, Ztſchr. 21, 374, Kohler, Studien 1, 125, Doerffel, Die ſtrafrechtliche Verantwortlichkeit des agent provocateur (1899). Mit Recht hebt aber Heilborn hervor, daß ſich u. U. die Beſtellung eines ag. prov. als Einwilligung des Verletzten darſtellt. Zu bemerken iſt ferner, daß, wenn ſich mit der Anſtiftung die Erteilung eines Rates verbindet, deſſen Befolgung die Vollendung der That hindert, hierin ein die Strafloſigkeit bewirkender Rücktritt liegen kann. S. u. VI. — Plante der Anſtifter Vollendung der That, während ſie in Wahrheit im Verſuchsſtadium ſtecken bleibt, ſo iſt die Strafbarkeit außer Frage. S. u. IV 1.

IV. **Abweichungen zwiſchen dem Vorſatze des Anſtifters und der Haupttat.** — Deckt ſich die von dem Angeſtifteten begangene That nicht mit dem Vorſatze des Anſtifters, ſo iſt zu unterſcheiden:

1. Der Angeſtiftete hat weniger gethan als der Anſtifter wollte, z. B. die Handlung iſt zwar verſucht, aber nicht vollendet worden. In dieſem Falle haftet der Anſtifter für das wirklich Gethane.
2. Der Angeſtiftete hat mehr gethan, als der Anſtifter wollte, er hat z. B. anſtatt eines Diebſtahls einen Raub begangen. Hier haftet der Anſtifter nur ſoweit, als ſein Dolus reichte, nicht alſo für den ſog. Exzeß. Vergl. E 5, 17 u. § 47 IV.
3. Der Angeſtiftete hat etwas ganz anderes gethan, als der Anſtifter wollte. Hier haftet der letztere überhaupt nicht. Hat z. B. A den B beſtimmt, dem X eine gewiſſe Sache zu ſtehlen, während B ſie thatſächlich durch Betrug erlangt, ſo kann von einer Haftung des A nur dann die Rede ſein, wenn er den B aufforderte, ſich die Sache auf irgend welche Weiſe zu verſchaffen und nur als einfachſte Art der Erlangung einen Diebſtahl ins Auge faßte.
4. Rechtlich unerhebliche Abweichungen zwiſchen dem Vorſatze des Anſtifters und der wirklich begangenen That (z. B. hinſichtlich der Zeit) bleiben ſelbſtverſtändlich außer Betracht. Unerheblich iſt aber auch eine Verwechſelung zweier rechtlich gleichwertigen Objekte auf ſeiten des Thäters (error in obiecto). Z. B.: A beſtimmt den B zur Tötung des X; B verwechſelt in der Dunkelheit den X mit Y und tötet dieſen letzteren. Ebenſo Hälſchner 1, 418, Oppenh.-Del. 44, Urteil des Obertribunals im Arch. 7, 332, Berner 165, Siegel, Verwechſelungsfälle bei Anſtiftung (1895), Löwenheim (ſ. o. III) 45 ff. 52 ff. Abweichend Böhlau, Der Kriminalprozeß Roſe und Roſal (1859), Olsh. 15 u. a. Dagegen liegt eine weſentliche Abweichung (vergl. 3) vor, wenn etwa der Angeſtiftete, anſtatt ſelbſt die Handlung zu begehen, die Anſtiftung an einen dritten weitergiebt und dieſer die That nunmehr ausführt. Denn Anſtiftung und Thäterſchaft ſind rechtlich verſchiedene Handlungen.

V. **Strafbarkeit des Anſtifters.** — Für den Anſtifter gelten die gleichen Strafdrohungen wie für den Thäter. In concreto kann die Ausmeſſung der Strafe für beide verſchieden ſein. Iſt die auf die Haupttat angedrohte Strafe eine abſolute, ſo trifft ſie auch den Anſtifter. Vergl. dazu § 211. Modifikationen dieſes Satzes ergeben ſich einmal aus dem unter IV Geſagten, ſodann aus § 50 und endlich in dem Falle, daß die auf die That angedrohte Strafe eine Standesſtrafe iſt. Nach E 15, 382. 396 ſteht der militäriſche Arreſt der Haftſtrafe, nach Hecker, Militärſtrafrecht 58, der Gefängnis- oder

Digitized by Google

Festungshaft gleich. — Über straflose Anstiftung zu einer strafbaren Handlung s. Vorbem. z. 3. Abschn. V a. E.

VI. **Rücktritt des Anstifters.** — Ein die Strafloſigkeit bewirkender Rücktritt des Anstifters ist in verschiedener Weise denkbar.

1. Veranlaßt er es irgendwie, daß der Angestiftete das Delikt nicht begeht, so ist die Strafloſigkeit deshalb selbstverständlich, weil die Strafbarkeit von vornherein durch die Begehung der Hauptthat bedingt war.
2. Der Widerruf der Anstiftung enthält an sich keinen von Strafe befreienden Rücktritt. Es kommt vielmehr darauf an, ob es dem Anstifter gelingt, den Einfluß der Anstiftung rückgängig zu machen oder nicht. Trotz Begehung des Delikts kann die Frage zu bejahen sein, nämlich dann, wenn der Thäter unter dem Einflusse anderer Momente gehandelt hat. Olsh. 33, E 20, 259. Dagegen sehen andere, z. B. Binding Normen 2, 206, in dem Widerruf ohne weiteres einen von Strafe befreienden Rücktritt.
3. Über Rücktritt des Anstifters, wenn die Hauptthat bereits in das Versuchsstadium eingetreten ist, s. § 46 V.

§ 49.

Als Gehilfe wird bestraft, wer dem Thäter zur Begehung des Verbrechens oder Vergehens durch Rat oder That wissentlich Hilfe geleistet hat.

Die Strafe des Gehilfen ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich Hilfe geleistet hat, jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätzen zu ermäßigen.

I. **Begriff und Einteilung der Beihilfe.** — Im Anschluß an § 47 II läßt sich die Beihilfe bestimmen als die vorsätzliche Unterstützung einer von einer andern Person begangenen strafbaren Handlung in der Art, daß der Unterstützende entweder nur eine Bedingung oder eine solche Ursache zum Erfolge setzt, in der ein Anfang der Ausführung nicht enthalten ist. Strafbar ist jedoch nur die zu einem Verbrechen oder Vergehen geleistete Beihilfe. S. u. III. Man unterscheidet:

1. zwischen physischer und psychischer oder intellektueller Beihilfe, je nach dem, ob sie durch That oder durch Rat geleistet wird. Zur psychischen Beihilfe gehört besonders auch der Fall, daß jemanden vor der Begehung Unterstützung für die Zeit nach der Begehung zugesagt wird. S. hierüber § 257;
2. zwischen positiver und negativer Beihilfe. Die letztere ist nichts weiter als eine besondere Erscheinungsform der unechten Unterlassungsdelikte: wer rechtlich verpflichtet ist, eine strafbare Handlung zu verhindern, sie aber bewußtermaßen zuläßt, leistet negative Beihilfe. Z. B.: der Wächter einer Sache läßt es zu, daß sie von dritten Personen gestohlen wird. E 11, 153.

II. **Im einzelnen geht die rechtliche Ausgestaltung der Beihilfe der der Anstiftung durchaus parallel.**

1. Ebenso wie nur die vorsätzliche Anstiftung ist auch nur die vorsätzliche Beihilfe strafbar. Der Gehilfe muß also wissen, daß er Hilfe leistet und wozu er sie leistet. (Dagegen braucht der Thäter nicht zu wissen, daß er unterstützt wird.) Die Ausführungen zu § 48 III finden entsprechende Anwendung. Jedoch ist folgendes hervorzuheben:
   a) Der Gehilfe braucht den Thäter nicht als eine individuell bestimmte Person ins Auge zu fassen. E 11, 87.

Digitized by Google

b) Der Umstand, daß der Gehilfe darauf rechnet, der Thäter werde über das Stadium des Versuchs nicht hinauskommen, schließt grundsätzlich seinen Dolus nicht aus. A. A. die herrschende Lehre, auch Olsh. 21. Kennt allerdings der Gehilfe die Untauglichkeit der Unterstützung, die er dem Thäter angedeihen läßt, so liegt nur eine scheinbare Förderung desselben und darum auch keine strafbare Beihilfe vor. Z. B.: die um ein Abtreibungsmittel angegangene Hebamme giebt ein ihr als unwirksam bekanntes Mittel. Auch kann man sagen, daß in derartigen Fällen alsbaldiger Rücktritt die Straflosigkeit bewirke. In dieser Beziehung übereinstimmend die herrschende Lehre. E 15, 315. 16, 25. 17, 377. Vergl. auch Heilborn, Der agent provocateur (1901) 101.

2. Ebenso wie die Anstiftung ist die Beihilfe eine akzessorische Form der Teilnahme. Sie entlehnt ihre Strafbarkeit von der Haupttat, ist also nur strafbar, wenn diese in strafbarer Weise begangen oder zu begehen versucht wurde. Ausnahmsweise wird sie als del. s. g. unter Strafe gestellt. Z. B. §§ 120. 121. 180. 181. 203. 219, demnach sogar in Fällen, in denen es an einer strafbaren Haupttat fehlt. Unter Berücksichtigung des § 48 I 4 über die Anstiftung Gesagten folgt schon vermöge des argumentum a maiori ad minus, daß es einen strafbaren Versuch der Beihilfe als solchen nicht giebt. So die herrschende Lehre. E 11, 56. R 9, 724. A. A. Hälschner 1, 386. Denkbar ist der Versuch zunächst in der Weise, daß die Thätigkeit des Gehilfen ihr nächstes Ziel nicht erreicht; z. B. der an den Thäter gerichtete Brief, welcher einen Rat zur Ausführung enthält, kommt als unbestellbar zurück. Aber es liegt Versuch auch dann vor, wenn die Thätigkeit des Gehilfen ihr nächstes Ziel zwar erreicht, jedoch keine Förderung des Thäters bewirkt; z. B. dieser benutzt den erteilten Rat nicht. Ohne ausreichende Begründung sieht das RG in einigen Entscheidungen als Beihilfe jede Handlung an, mittels welcher eine Förderung oder Erleichterung der Haupttat nur bezweckt wird. R 9, 149; s. auch E 6, 169. 8, 267; ebenso Olsh. 8. Dagegen mit Recht v. Liszt § 51, Haupt. Ztschr. 15, 203.

3. Über den Fall, daß der Vorsatz des Gehilfen sich mit dem des Thäters oder mit dem objektiven Umfange der Haupttat nicht deckt, s. § 48 IV.

4. Ebenso wie die Anstiftung ist die Beihilfe als solche nur zu einer vorsätzlich, nicht zu einer fahrlässig begangenen Haupttat denkbar. S. Vorbem. z. 3. Abschn. IV.

5. Strafbare Beihilfe zur Mitthäterschaft, zur Anstiftung und Beihilfe ist denkbar. S. § 48 I 5. Der Ausdruck „Thäter" im Abs. 1 fällt dagegen nicht wesentlich ins Gewicht. Konsequenzen s. u. III.

6. Desgleichen Beihilfe zu Standesdelikten. S. § 48 III 1.

7. In entsprechender Weise wie der Anstifter kann sich auch der Gehilfe durch Rücktritt Straflosigkeit sichern. S. § 48 VI.

III. Für die **Strafbarkeit der Beihilfe** gelten dieselben Regeln, wie für die des Versuchs, jedoch mit folgenden Modifikationen:

1. Die Beihilfe zu einem Vergehen ist auch dann strafbar, wenn es der Versuch desselben nicht ist.

2. Alle Nebenstrafen und sonstigen Deliktsfolgen, die bei der Haupttat ausgesprochen werden können, sind auch gegenüber der Beihilfe zulässig. Vergl. dagegen § 45. Insofern nach § 44 Abs. 2 auf Polizeiaufsicht erkannt werden kann, ist dies auch bei Beihilfe statthaft. Denn auch wenn Polizeiaufsicht verhängt wird, ist die Strafe der Thäterschaft „ermäßigt". S. Olsh. 27. A. A. Fuhr, Strafrechtspflege und Sozialpolitik (1892) 197.

Ist die unterstützte Haupttat im Versuchsstadium stecken geblieben, oder sie ist selbst nur Beihilfe, so ist der Strafrahmen doppelt zu reduzieren. E 2, 383. Für den letzteren Fall abweichend diejenigen, welche in der Beihilfe zur Beihilfe nur Beihilfe zur Haupttat sehen, z. B. v. Liszt § 52, aber auch E 23, 300.

Digitized by Google

Da, wo die Beihilfe als del. s. g. behandelt ist, bleibt § 49 Abs. 2 außer Betracht. S. oben II 2.

§ 48 V findet entsprechende Anwendung, demgemäß kann in concreto der Gehilfe strenger bestraft werden als der Thäter. E 2, 383.

Über straflose Beihilfe s. die Vorbem. z. 3. Abschn. V a. E.

§ 49a.

Wer einen Anderen zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen auffordert, oder wer eine solche Aufforderung annimmt, wird, soweit nicht das Gesetz eine andere Strafe androht, wenn das Verbrechen mit dem Tode oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht ist, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten, wenn das Verbrechen mit einer geringeren Strafe bedroht ist, mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher sich zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem Verbrechen erbietet, sowie denjenigen, welcher ein solches Erbieten annimmt.

Es wird jedoch das lediglich mündlich ausgedrückte Auffordern oder Erbieten, sowie die Annahme eines solchen nur dann bestraft, wenn die Aufforderung oder das Erbieten an die Gewährung von Vorteilen irgend welcher Art geknüpft worden ist.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

I. **Ergänzender Charakter der Stelle.** — Eingeschaltet durch die Novelle vom 26./2 1876, nachdem ein Belgier Namens Duchesne sich dem Jesuitenprovinzial von Belgien und dem Erzbischof von Paris zur Ermordung des Fürsten Bismarck erboten hatte (daher „Paragraph Duchesne"). Im Anschluß an diesen Vorgang bestraft das Gesetz gewisse Handlungen, die sich auf ein bevorstehendes Verbrechen (s. u. III) beziehen, aber doch nicht Teilnahmehandlungen sind (s. u. II). Es sollen also die Bestimmungen über die Teilnahme ergänzt werden.

II. **Die Stelle legt sich selbst einen subsidiären Charakter bei** (s. ersten Satz: „soweit nicht . . . . . androht"). Daher kann kein Delikt gegen den Paragraphen Duchesne mit einem andern in Idealkonkurrenz treten. (Mit Unrecht hält die herrschende Lehre eine Idealkonkurrenz mit § 333 für möglich. E 12, 54. Dagegen Binding 1, 356; Hälschner 2, 1046). Ist also das Verbrechen selbst von einer an sich unter diese Stelle fallenden Person begangen worden, oder hat sich eine solche Person an der Begehung des Verbrechens beteiligt, so wird sie nur wegen Thäterschaft oder Teilnahme (Anstiftung, Beihilfe) am Hauptdelikte bestraft. Desgleichen tritt § 49a zurück gegenüber den Fällen, in welchen gewisse Teilnahmeformen als del. s. g. behandelt werden. Er findet aber Anwendung:

1. wenn das Hauptdelikt nicht begangen und auch nicht versucht,
2. wenn es zwar versucht wurde, aber wegen freiwilligen Rücktritts (§ 46) der Versuch als solcher straflos ist. Hälschner 1, 409;
3. wenn das Hauptverbrechen zwar begangen wurde, die unter § 49a fallende Thätigkeit aber sich nicht als strafbare Teilnahmehandlung darstellt. Z. B. Aufforderung an einen omnimodo facturus. S. § 48 I 2.

Digitized by Google

III. **Die Stelle bezieht sich nur auf Verbrechen im technischen Sinne des § 1.** Der Umstand, daß die Handlung nur infolge individueller Momente in der Person des Aufgeforderten oder Sicherbietenden (besonders Rückfälligkeit) als Verbrechen erscheint, steht nicht entgegen, sofern nur der andere Teil Kenntnis von diesen Umständen hat. Olsh. 9, E **32**, 267. Eine thatsächlich unmögliche Handlung (Tötung durch abergläubische Mittel) kann auch im rechtlichen Sinne keine mögliche und darum kein Verbrechen sein. E **33**, 321.

IV. Die einzelnen für strafbar erklärten Handlungen sind:

1. **Aufforderung zur Begehung eines Verbrechens oder zur Teilnahme an einem solchen.** — Der Dolus ist genau derselbe wie bei der Anstiftung. Vergl. § 48 III. Er liegt nicht vor, wenn der „Auffordernde" annahm, seine Äußerung werde als Scherz aufgefaßt werden. Die herrschende Lehre fordert demgemäß eine ernstlich gemeinte Aufforderung. E **1**, 338. **15**, 359. R **9**, 743. Wenn damit allerdings gesagt sein soll, daß der Auffordernde die That „bezweckt" haben müsse (so Olsh. 6), so ist dem nicht beizutreten. Die Aufforderung ist eine gefährliche Handlung und wird als solche bestraft, gleichgiltig, wie sich der Auffordernde zu dem angesonnenen Verbrechen stellt. S. darüber Heilborn, Der agent provacateur (1901) 29. 106. Da es sich sachlich um eine Bestrafung des Anstiftungsversuchs handelt (§ 48 I 4), so ist es gleichgiltig, ob der Aufgeforderte die Aufforderung verstanden hat oder nicht. E **30**, 142.
2. **Das „Sich-Erbieten" zu einem Verbrechen oder zur Teilnahme an einem solchen.** — Zu dem Erbieten gehört objektiv die Erklärung etwas thun zu wollen, sofern gewisse Bedingungen erfüllt, z. B. ein entsprechender Wunsch geäußert oder bestimmte Summen gezahlt werden. In subjektiver Beziehung gehört dazu die (wenn auch irrtümliche) Vorstellung, daß der andere Teil an der Begehung der bedingungsweise zugesagten That ein Interesse habe. Dieser letztere Punkt pflegt nicht beachtet zu werden. — Auch das Erbieten muß ernstlich gemeint, d. h. es muß der Ausdruck des ernstlichen Willens zur That sein. E **2**, 338.
3. **Annahme einer solchen Aufforderung oder eines solchen Erbietens.**
   a) Die Annahme der Aufforderung besteht in der Erklärung, die angesonnene That begehen zu wollen. Ernstlichkeit in dem zu 2 bezeichneten Sinne ist erforderlich.
   b) Die Annahme des Erbietens besteht in der Erfüllung der gestellten Bedingungen oder in der Erklärung, sie erfüllen zu wollen, beides zum Zwecke der Begehung der That. Letzteres in dem Sinne, daß die entsprechende Vorstellung bei dem anderen Teile erweckt wird. Eine weitergehende Ernstlichkeit der Annahme kann nicht verlangt werden. Denn die Annahme ist unter den angegebenen Voraussetzungen schon an sich eine gefährliche Handlung. A. A. Olsh. 7. War das Erbieten selbst nicht ernstlich gemeint, so ist selbst eine ernst gemeinte Annahme straflos. E **1**, 338.

V. **Für alle Modalitäten des Thatbestandes gilt folgendes:**

1. Zum Dolus gehört die Kenntnis derjenigen Umstände, welche die That, rechtlich gewürdigt, als Verbrechen erscheinen lassen; nicht aber das Bewußtsein davon, daß sie strafbar oder gar, daß sie ein Verbrechen sei. Braucht doch der Thäter selbst hiervon nichts zu wissen! Ebenso E **20**, 198, Olsh. 8, Frank Ztschr. **12**, 284.
2. Vollendet ist das Delikt, sobald die betr. Erklärung mit dem Willen des Erklärenden an den Adressaten gelangt ist. E **26**, 81. Versuch ist straflos. Fällt die Erklärung in die Hände der Behörde und wird sie auf diesem Wege dem Adressaten mitgeteilt, so ist der Thatbestand des Delikts nicht erfüllt. So die herrschende Lehre. S. Olsh. 6 u. 7.

VI. **Zu Abs. 3:**

1. Den Gegensatz der lediglich mündlichen Aufforderung usw. bildet die schriftliche. Die symbolische steht der mündlichen gleich. E **3**, 30. Abweichend Hälschner **1**, 411.

Digitized by Google

Unter Vorteilen irgend welcher Art hat man jede günstigere Gestaltung der Verhältnisse zu verstehen, ohne Beschränkung auf Vermögensvorteile. Ein solcher Vorteil würde z. B. in der Zusage liegen, daß jemand sich nicht mehr in dem Maße zu plagen brauche wie vorher oder länger schlafen könne. E 5, 359. Die herrschende Lehre faßt den Begriff des Vorteils rein subjektiv, so daß es nicht darauf ankommen soll, ob bei objektiver Würdigung die Lage jemandes gebessert wird, sondern nur darauf, ob er sie als Besserung empfindet. Demgemäß rechnet man auch ganz vorübergehende Genüsse, wie Gewährung des Beischlafs, hierher. So besonders E 9, 166, Seuffert, Anarchismus (1899) 124. Vergl. auch Simonson, Der Begriff des Vorteils (1889). Indessen ist diese Ansicht deshalb bedenklich, weil der Wortlaut des Gesetzes der rein subjektiven Auslegung keinen Anhalt bietet. Vielmehr verlangt der Begriff des Vorteils eine, wenn auch nur vorübergehende, so doch objektiv meßbare Besserung der rechtlichen oder wirtschaftlichen Lage. Zweifellos muß der Vorteil sein:

a) ein solcher, der gewährt wird oder werden soll, gleichgiltig von wem. Gegensatz: ein solcher Vorteil, den der Adressat der Erklärung sich durch das Verbrechen selbst erringen soll. Deshalb genügt nicht: die Schilderung der Vorteile des Verbrechens oder die Zusage, man wolle dem andern von diesen Vorteilen etwas zukommen lassen. E 10, 3. 32, 267.

b) ein solcher, der auch ohne das Verbrechen von Wert wäre. Deshalb reicht es nicht aus, wenn Beihilfe zur Flucht nach Begehung des Delikts zugesagt wird E 22, 94.

§ 50.

Wenn das Gesetz die Strafbarkeit einer Handlung nach den persönlichen Eigenschaften oder Verhältnissen desjenigen, welcher dieselbe begangen hat, erhöht oder vermindert, so sind diese besonderen Thatumstände dem Thäter oder demjenigen Teilnehmer (Mitthäter, Anstifter, Gehilfe) zuzurechnen, bei welchem sie vorliegen.

I. Persönliche Eigenschaften (d. h. „Beschaffenheiten des Wesens eines Menschen") und Verhältnisse (d. h.: „Beziehungen eines Menschen zu einem andern Menschen oder zu irgend einem Dinge" Rubo 2 u. 3) äußern in zahlreichen Fällen eine die Strafe erhöhende oder eine sie vermindernde Wirkung. Z. B. §§ 215. 217. 223. Diese Wirkungen sind zunächst für den Fall bestimmt, daß sie in der Person des Thäters zutreffen. Es fragt sich nun:

1. **Welchen Einfluß hat es auf die Strafbarkeit des Anstifters oder Gehilfen, wenn ein solcher Umstand in der Person des Thäters vorliegt?**
2. **Welchen Einfluß hat es auf die Strafbarkeit der Beteiligten überhaupt, wenn ein solcher Umstand nicht bei dem Thäter, sondern bei dem Anstifter oder Gehilfen gegeben ist?**

Beide Fragen werden von dem Gesetze in dem Sinne entschieden, daß die erwähnten Umstände bei jedem Beteiligten berücksichtigt werden können, aber nur unter der Voraussetzung, daß sie gerade in seiner eigenen Person zutreffen. Es wird also der höchst persönliche Charakter durchaus gewahrt. Daher ist der uneheliche Vater, der die uneheliche Mutter zur Kindestötung bestimmt, nach Maßgabe der §§ 211 oder 212, die Mutter selbst aber nach § 217 zu bestrafen. Daher ist ferner der Sohn, der einem dritten bei dem Totschlag seines (des Sohnes) Vaters behilflich ist, auf Grund des § 215, der dritte dagegen nur auf Grund des § 212 strafbar. Offenbar wird durch die vorliegende Stelle der akzessorische Charakter der Anstiftung und der Beihilfe durchbrochen.

Digitized by Google

II. **Bei gewissen Umständen ist es fraglich, ob sie zu den persönlichen Eigenschaften und Verhältnissen gezählt werden können.** Mit Recht führt dies Krug, Die besonderen Umstände der Teilnahme (1899) 71 auf die außerordentliche Unbestimmtheit der vom Gesetze gewählten Begriffe zurück. Namentlich ist die Behandlung der Rückfälligkeit bestritten. Ohne der Sprache Gewalt anzuthun, kann man sie nicht zu den persönlichen Eigenschaften und Verhandlungen rechnen. Man wird aber nicht umhin können, hier die vorliegende Stelle analog anzuwenden. Dasselbe muß bei Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit gelten. Ebenso im Ergebnis die herrschende Lehre, die aber den Grund darin findet, daß in der That die Rückfälligkeit, Gewohnheits- und Gewerbsmäßigkeit persönliche Eigenschaften seien. E 4, 184. 23, 378. 25, 266. 26, 3. A. A. dagegen Binding Grundriß 1, 140.

Der Umstand, daß ein Beteiligter in jugendlichem Alter steht, aber mit Unterscheidungsvermögen handelt, berührt die übrigen nicht. Vergl. § 57.

III. **Auf persönliche Eigenschaften und Verhältnisse, durch welche die Strafbarkeit erst begründet wird, bezieht sich § 50 nicht.** S. §§ 47 VI, 48 III 1, 49 II 6.

IV. **Ebensowenig bezieht sich § 50 auf die umgekehrten Fälle, bei denen persönliche Eigenschaften usw. die Strafbarkeit ausschließen.** Hier kommt es darauf an, ob das betreffende Verhältnis als objektiver oder als subjektiver Strafausschließungsgrund wirkt. S. Vorbem. z. 4. Abschn. I. II. Wer dem Vater bei der Züchtigung seines Sohnes behilflich ist, macht sich nicht strafbar. Denn das hier in Frage kommende persönliche Verhältnis beseitigt die Rechtswidrigkeit der Handlung. Wer aber den Landesherrn zur Tötung seines Kammerdieners bestimmt, macht sich strafbar, weil die Monarchenqualität lediglich ein persönlicher Strafausschließungsgrund ist.

Vierter Abschnitt.

Gründe, welche die Strafe ausschließen oder mildern.

I. Unter der Bezeichnung „Gründe, welche die Strafbarkeit ausschließen", faßt das Gesetz eine Reihe von Umständen zusammen, welche die Ausübung des staatlichen Strafrechts regelwidrig beeinflussen, deren Charakter im übrigen aber ein sehr verschiedener ist. Die genauere Betrachtung hat auszugehen von dem Wesen des **Thatbestandes** des Delikts. Man versteht darunter den Inbegriff seiner konstitutiven Merkmale. Diese liegen teils auf der objektiven Seite (äußeres Geschehen), teils auf der subjektiven. Daher objektiver und subjektiver Thatbestand. Die Frage, ob es einen subjektiven Thatbestand giebt, ist nicht unbestritten. Insbesondere hat Herzog in zahlreichen Aufsätzen, zuletzt GS 38, 242 ff., behauptet, daß sich der Begriff des Delikts (der strafbaren Handlung) in dem äußeren Geschehen erschöpfe. Ihm kommt Schütze, Arch. 21, 265, Lehrb. 144 sehr nahe. Vergl. auch Kohler, Studien 1, 106 ff. Nach der Ansicht dieser Schriftsteller wäre somit das Delikt eine Handlung, wegen deren jemand unter der Voraussetzung des erforderlichen Verschuldens bestraft werden kann. Dem ist zunächst der Sprachgebrauch des Lebens entgegenzuhalten. Man sagt von jemanden, der durch bloßen Zufall einen andern tötet, nicht, daß er einen Mord oder etwas Strafbares begangen habe. Aber auch der Sprachgebrauch des Gesetzes steht der erwähnten Ansicht entgegen. Denn wenn in den §§ 48. 49 die Strafbarkeit des Anstifters oder des Gehilfen nach der Handlung bestimmt wird, zu welcher der Teilnehmer angestiftet oder geholfen hat, so läßt sich diese Vorschrift nur dann anwenden, wenn man das Verschulden als einen Bestandteil der Handlung ansieht. Gerade bei der Teilnahme zeigt sich die praktische Konsequenz der Herzogschen Ansicht. S. Vorbem. z. 3. Abschn. III und § 51 I.

Digitized by Google

Sobald der Thatbestand des Delikts vorliegt, ist regelmäßig der staatliche Strafanspruch entstanden und durch Anklageerhebung und demnächst durch Vollstreckung der Entscheidung realisierbar. Indessen können der Entstehung des staatlichen Strafrechts oder seiner Fortdauer oder seiner Verfolgbarkeit oder seiner Realisierbarkeit Hindernisse entgegenstehen. Dabei sind folgende Unterscheidungen von Bedeutung:

1. **Strafausschließungsgründe im weiteren Sinne des Wortes** sind solche Umstände, die das Entstehen des normalerweise begründeten staatlichen Strafrechts verhindern. Diese Umstände können sein:

a) **objektive Strafausschließungsgründe, auch negative Thatbestandsmerkmale oder negative Thatumstände,** d. h. Umstände, die das normalerweise vorhandene Moment der Rechtswidrigkeit beseitigen und damit der Handlung den Deliktscharakter nehmen. S. darüber S. 9. 10.

Das StGB selbst enthält nur wenige negative Thatbestandsmerkmale (besonders §§ 53. 193). Die Mehrzahl findet sich, soweit überhaupt ausdrückliche Bestimmungen vorhanden sind, anderwärts. Es gehören hierher die Vorschriften über Züchtigungsrecht (z. B. BGB § 1631, GO § 127a, EG z. BGB Art. 95; vergl. Finger, Das Züchtigungsrecht und dessen Mißbrauch [1881], Keßler GS **41**, 161 ff.; Stenglein GS **42**, 1 ff.; Hubrich GS **46**, 161 ff.; die wichtigsten Schulzuchtordnungen bei Berger, Jugendschutz und Jugendbesserung [1897]), über Disziplinarbefugnisse (z. B. Disziplinarstrafordnung f. d. deutsche Heer v. 31./10 1872, für d. deutsche Marine v. 23./11 1872, Reichsbeamtengesetz v. 31./3 1873, Börsengesetz v. 22./6 1896 §§ 8. 15, Rechtsanwaltsordnung §§ 62 ff., Seemannsordnung v. 2./6 1902 §§ 84 ff., bes. § 91; vergl. die Lehrbücher des Staats-, Kirchen- und Verwaltungsrechts), über Waffengebrauch (vergl. van Calker, Das Recht des Militärs z. administrativen Waffengebrauch [1888], Delius, Arch. f. öffentl. Recht **11**, 84), über erlaubte Selbsthilfe (s. Vorbem. z. §§ 52. 53. 54 III) und über zivilen Notstand (das. II 1). Nicht geregelt ist (abgesehen von § 216) die Frage nach dem Einflusse der Einwilligung des Verletzten (vergl. Keßler, Die Einwilligung des Verletzten [1884], derselbe GS **38**, 53 ff., Ullmann GS **37**, 529, Breithaupt, Volenti non fit iniuria [1891], Heß, Abhdlgn. a. d. Gebiete des Zivil- und Strafrechts [1892]), Heilborn, Der agent provocateur [1901] 167 ff). Zutreffend dürften folgende Sätze sein:

α. Es kommt darauf an, ob die Handlung in erster Linie mit Rücksicht auf das Gemeinwohl oder mit Rücksicht auf den unmittelbar Verletzten verboten ist. Im ersten Falle hat die Einwilligung des Verletzten keinen Einfluß, im zweiten beseitigt sie die Rechtswidrigkeit. Dieses letztere aber trifft im Zweifel bei den Antragsdelikten zu. Ist das durch die Handlung verletzte Rechtsgut ein dem Rechtsverkehre angehöriges, so wird es durch die Einwilligung dem Verkehre übergeben, und damit entfällt die Rechtswidrigkeit. *β.* Wo die mangelnde Einwilligung zum Thatbestande gehört, beseitigt vorliegende Einwilligung den Deliktsbegriff. Dies trifft bei allen Fällen zu, in welchen der Thatbestand des Delikts die Anwendung von Gewalt erfordert, z. B. Notzucht.

Die herrschende Lehre unterscheidet zwischen solchen Rechtsgütern, über die der Verletzte disponieren darf, und solchen, über die ihm keine Dispositionsbefugnis zusteht. Daß im Einzelfalle der Verletzte handlungsfähig sein muß, ist sicher (E **29**, 398), aber man wird nicht die bürgerlichrechtliche Handlungsfähigkeit als unbedingt maßgebend ansehen dürfen.

Über die Frage, inwieweit die Rechtswidrigkeit bei Handlungen entfällt, die zu Heilzwecken vorgenommen werden, s. die Vorbem. z. 17. Abschn. II 3 und über die ganze Lehre von den „Gründen der Nichtentstehung des Strafrechts" bes. Binding, Grundriß **1**, 145 ff.

Digitized by Google

b) **Schuldausschließungsgründe oder unechte Strafausschließungsgründe**, d. h. solche Umstände, die der Handlung das Moment der Rechtswidrigkeit belassen, aber den Deliktscharakter deshalb beseitigen, weil sie dem subjektiven Thatbestande entgegenstehen, nämlich Unzurechnungsfähigkeit (§ 51), Zwang (§ 52) und Irrtum (§ 59);

c) **persönliche oder individuelle, auch echte Strafausschließungsgründe**, d. h. solche Umstände, die unbeschadet des Deliktscharakters der Handlung die Entstehung des staatlichen Strafrechts gegenüber dem Thäter oder einem Teilnehmer hindern. Z. B.: Monarchenqualität. Vergl. auch § 247.

Innerhalb der Strafausschließungsgründe im weiteren Sinne unterscheidet man ferner allgemeine und besondere, je nachdem, ob sie die Strafbarkeit jeder Handlung ausschließen (z. B. Notwehr) oder nur einzelner (z. B. Aszendentenqualität bei Diebstahl, § 247);

2. **Strafaufhebungsgründe** d. h. solche Umstände, die das entstandene staatliche Strafrecht wieder beseitigen. Auch hier unterscheidet man allgemeine (z. B. Begnadigung) und besondere (vergl. § 310).

3. **Bedingungen der Strafbarkeit** d. h. solche Umstände, die außerhalb des Thatbestandes liegen, aber doch die Entstehung des staatlichen Strafrechts bedingen. Z. B. Verbürgung der Gegenseitigkeit in den §§ 102. 103. S. Binding 588, derf. Normen 1, 232. Gegen den Begriff Kitzinger, GS 55, 1 ff.

4. **Prozeßvoraussetzungen oder Bedingungen der Verfolgbarkeit**, d. h. solche Umstände, die, außerhalb des Thatbestandes liegend, zwar nicht die Strafbarkeit, wohl aber die Verfolgbarkeit der Handlung bedingen. Z. B. bei den Antragsdelikten der Strafantrag.

II. **Praktische Tragweite der vorstehenden Unterscheidungen.** — Diese wissenschaftlichen Unterscheidungen sind der Terminologie des StGB's unbekannt. Es bedarf daher in jedem Einzelfalle einer besonderen Untersuchung, unter welche Kategorie der in Frage stehende Umstand zu subsumieren ist. Die praktische Tragweite der Unterscheidung zeigt sich aber hauptsächlich in folgenden Beziehungen:

1. Der Umstand, daß dem Thäter ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite steht, hindert nicht die Strafbarkeit der Teilnehmer als solcher. Das Gleiche gilt beim Vorliegen eines Strafaufhebungsgrundes so wie das Gesetz diese ausgestaltet hat. S. über einen bestrittenen Fall § 46 V. Ist dagegen der Strafausschließungsgrund ein objektiver, so beseitigt er die Strafbarkeit sämtlicher Beteiligten. Ist er endlich ein Schuldausschließungsgrund, so ist zwar Teilnahme als solche nicht möglich, wohl aber können beteiligte dritte als mittelbare Thäter erscheinen. S. die Vorbem. z. 3. Abschn. VII.
2. Ergiebt sich in der Hauptverhandlung der Mangel einer Bedingung der Strafbarkeit, so ist Freisprechung, ergiebt sich der Mangel einer Prozeßvoraussetzung, so ist Einstellung des Verfahrens geboten. StPO § 259. S. besf. Bennecke-Bel. 9 ff.
3. Vergl. § 41 II 3 a. E.
4. Vergl. § 59 V.

III. Über Straferhöhungs- und Strafminderungs-, Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe, sowie über mildernde Umstände s. § 2 II.

§ 51.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.

I. **Wesen der Zurechnungsfähigkeit.** — Die Stelle betrifft die Aufhebung der Zurechnungsfähigkeit durch Bewußtlosigkeit oder Geisteskrankheit. Zurechnungsfähigkeit ist die durch die Beschaffenheit des Subjekts gegebene Möglichkeit, ihm

Digitized by Google

ein Verhalten zur Schuld anzurechnen. Zurechnungsfähigkeit ist also Schuldfähigkeit. Wird jemand als zurechnungsfähig bezeichnet, so wird damit noch nicht gesagt, daß er mit der zum Thatbestand des Delikts gehörigen Schuld gehandelt hat, sondern nur, daß er mit ihr gehandelt haben kann. Logischerweise ist also zunächst (soweit erforderlich) der Kausalzusammenhang, dann die Zurechnungsfähigkeit und endlich die Schuld zu prüfen. Mit der Verneinung der Zurechnungsfähigkeit ist auch die Schuld verneint. Da aber die Schuld zum subjektiven Thatbestande gehört, so entfällt mit ihr auch ein wesentlicher Bestandteil des Delikts, so daß „eine strafbare Handlung nicht vorhanden ist". Demgemäß ist strafbare Teilnahme als solche nicht möglich. So die herrschende Lehre. E 11, 56. 21, 14. Vergl. die Vorbem. z. 3. Abschn. III und § 48 I 4. A. A. namentlich Herzog und Schütze. S. Vorbem. z. 4. Abschn. I. Eine Mittelmeinung vertritt Olsh. 12. 13. Nach ihm soll von Fall zu Fall entschieden werden, ob die nötige Verschuldung vorhanden war. Dagegen v. Liszt § 37, der mit Recht die Präjudizialität der Zurechnungsfähigkeit für die Schuldfrage hervorhebt.

II.

1. Die Zurechnungsfähigkeit entfällt zunächst infolge eines Zustandes der **Bewußtlosigkeit**, „durch welchen die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war". Ist das Bewußtsein völlig aufgehoben, so ist der Ausschluß der freien Willensbestimmung selbstverständlich. Deshalb ist der Begriff der Bewußtlosigkeit in einem weiteren Sinne zu nehmen (E 5, 339 und RG im Arch. 42, 45), so daß schon Trübungen des Bewußtseins darunter fallen. Diese genügen jedoch nur dann, wenn sie die freie Willensbestimmung ausschließen, d. h. wenn sie die Möglichkeit Hemmungsvorstellungen einzuschalten beseitigen (Trübung des Ichbewußtseins) oder wenn sie zum Nichterkennen oder Verkennen der Außenwelt führen (Trübung des Bewußtseins der Außenwelt). Ähnlich Aschaffenburg in Hoche, Handb. der gerichtl. Psychiatrie (1901; zitiert nach dem S.-A.) 17. 18: Bewußtlosigkeit sei Störung der Empfindung des eigenen Ich gegenüber der Außenwelt. Aus dem angegebenen Grunde gehört, wie die zitierten Reichsgerichtsentscheidungen bemerken, nicht nur die „sinnlose" Betrunkenheit hierher (d. h. diejenige, bei der die Sinne ihre Thätigkeit einstellen), sondern es sind auch andere höhere Grade der Trunkenheit als Fälle der Bewußtlosigkeit anzusehen. Über (mit der eigentlichen Trunkenheit nicht zu verwechselnde) pathologische Rauschzustände s. Heilbronner i. d. Münchener medizin. Wochenschrift 1901 Nr. 24. 25. Außerdem fallen unter das Gesetz: Schlaf- und Ohnmachtszustände, Schlaftrunkenheit, Somnambulismus, Hypnose. Vergl. darüber v. Lilienthal Ztschr. 7, 281 ff., Rieger Ztschr. 8, 515 ff., Forel, Der Hypnotismus (1891), Schmidtkunz, Der Hypnotismus (1892), zusammenfassend Aschaffenburg a. a. O. 23 ff. Auch der Affekt kann sich zur Bewußtlosigkeit steigern.
2. Die Zurechnungsfähigkeit entfällt ferner infolge eines Zustandes von **krankhafter Störung der Geistesthätigkeit**, „durch welchen die freie Willensbestimmung ausgeschlossen war". Diese Zustände unterscheiden sich von den vorigen durch ihren pathologischen Charakter (doch ist die Grenze flüssig, z. B. Trunkenheit = akute Alkoholvergiftung). Zum Begriffe der Krankheit gehört das Moment der Gefährdung, deshalb rechnet das RG (wohl mit Recht) das sog. moralische Irresein, charakterisiert durch die mangelnde Fähigkeit zur Bildung ethischer Vorstellungen, nicht hierher. E 15, 97. Obwohl im strengsten Wortsinne der Ausdruck „Störung" darauf hinweist, daß das Geistesleben des Betroffenen einmal normal gewesen sein müsse, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß auch angeborene Geisteskrankheiten unter das Gesetz fallen. Aschaffenburg a. a. O. 28. 29. Ebenso sicher ist es, daß auch vorübergehende Geistesstörungen pathologischen Charakters, z. B. Fieberdelirien, von dem Ausdrucke Geistesstörung umfaßt werden. Gleichgiltig ist, bei welcher Seite des geistigen Lebens die Störung zu Tage tritt. Sie kann sich äußern in Störungen des Wahrnehmungsvorgangs, der Verstandesthätigkeit, des Gefühllebens, des Wollens

Digitized by Google

und Handelns. Dies die Einteilung bei Kräpelin, Psychiatrie (1899). Immer aber handelt es sich dabei nur um Symptome einer die ganze Psyche ergreifenden Krankheit. Den Begriff der Monomanieen in dem Sinne, als ob der Mensch im allgemeinen geistig gesund und nur in einzelnen Beziehungen geisteskrank, demnach auch im allgemeinen zurechnungsfähig sein könne, hat die moderne Psychiatrie aufgegeben. Nur um eine Wiederbelebung der Lehre von den Monomanieen handelt es sich m. E. bei dem von Ziehen, Monatsschr. f. Neurologie u. Psychiatrie 5, 52 aufgestellten Begriffe der partiellen Zurechnungsfähigkeit. Diese soll insoweit vorliegen, als nicht ein nachweisbarer kausaler Zusammenhang zwischen der Psychose (namentlich den durch chronische Paranoia bedingten Wahnvorstellungen) einerseits und der Handlung anderseits besteht. Dagegen besonders Heilbronner Vierteljahrsschr. f. gerichtl. Medizin. 3. F. 19, 2 Aschaffenburg a. a. O. 30 ff. Daß eine absolut scharfe Grenze zwischen Geisteskrankheit und geistiger Gesundheit nicht gezogen werden kann, giebt die moderne Wissenschaft zu. Vergl. Kräpelin a. a. O. 1, 285, Cullere, Die Grenzen des Irreseins (1890). Verkehrt aber wäre es, wenn etwa das Gericht die Möglichkeit einer Geisteskrankheit von vornherein deshalb ablehnen wollte, weil ihm einzelne durchaus vernünftige und klare Handlungen des Beschuldigten (z. B. Eingaben) bekannt sind. Vielmehr ist für gewisse Psychosen, z. B. Querulantenwahn (vergl. Hitzig, Über den Querulantenwahn [1895]), das Aufgebot geistigen Scharfsinns zur Rechtfertigung von Wahnvorstellungen geradezu charakteristisch.

Auch krankhafte Störungen der Geistesthätigkeit beseitigen die Zurechnungsfähigkeit nur dann, wenn sie die **freie Willensbestimmung** ausschließen. Durch diese Fassung nimmt das Gesetz nicht etwa Stellung zu dem philosophischen Gegensatz des Determinismus und des Indeterminismus, es bezeichnet nur den normalen Willen in dem Sinne als frei, wie es die naive Auffassung ebenfalls thut. Willensfreiheit ist also die normale Bestimmbarkeit durch Motive. So v. Liszt § 37, Aschaffenburg a. a. O. 11, vergl. auch Liepmann 87 ff. Wer infolge von Geisteskrankheit auf äußere oder innere Reize abnorm reagiert, ist demnach unzurechnungsfähig. Das Unbestimmte dieser Fassung wird einigermaßen dadurch gemildert, daß nach dem Gesetze die bloße Beeinträchtigung der Willensfreiheit nicht genügt, sondern Ausschließung derselben vorliegen muß. Das heißt aber: Unzurechnungsfähigkeit ist nur dann gegeben, wenn die Bestimmbarkeit durch Motive infolge krankhafter Störung der Geistesthätigkeit in erheblichem Maße von der normalen Bestimmbarkeit abweicht. Die praktisch wichtigsten Fälle sind auch hier die, daß Hemmungsvorstellungen nicht eingeschaltet werden können oder daß die Außenwelt nicht erkannt oder verkannt wird.

Die verminderte Zurechnungsfähigkeit in dem Sinne, daß Bewußtlosigkeit oder Geisteskrankheit die freie Willensbestimmung nur beeinträchtigen und daß entsprechend die Strafbarkeit nur herabgesetzt wird, hat im StGB keine Anerkennung gefunden. Einen Ersatz dafür sollten die mildernden Umstände gewähren.

Über die Frage der Zurechnungsfähigkeit überhaupt s. besonders Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage (1897), v. Liszt, Ztschr. 17, 70 ff. 18, 229 ff., Höfler, Sieben Thesen usw. (1897), van Calker, Strafrecht u. Ethik (1897) (gegen v. Liszt), Liepmann 86 ff., Endemann §§ 28 ff., Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse (1897) 14 ff.

III. **Actiones liberae in causa.** — Mit der Strafloſigkeit der in unzurechnungsfähigem Zustande begangenen Handlungen ist sehr wohl die Strafbarkeit solcher Handlungen zu vereinigen, zu welchen der Thäter in zurechnungsfähigem Zustande schuldhaft eine Ursache gesetzt hatte, und die er in unzurechnungsfähigem Zustande nur fortsetzt. Sog. actiones liberae in causa seu ad libertatem relatae. Z. B. die Mutter, welche weiß, daß sie sich im Schlafe unruhig hin- und herwälzt, legt in bewußtem Zustande ihr Kind neben sich in das Bett und erdrückt es demnächst im Schlafe. Hier kann je nach

Digitized by Google

den Umständen vorsätzliche oder fahrlässige Tötung vorliegen (thatsächlich wird die letztere häufiger sein). So jetzt die herrschende Lehre und E 22, 413. Dagegen Katzenstein, Die Straflosigkeit der actio libera in causa (1901).

Zu den §§ 52. 53. 54.

I. Die §§ 52—54 betreffen Fälle, in denen eine normalerweise strafbare Handlung zur Rettung aus einer Gefahr begangen wird, und erklären sie übereinstimmend mit Rücksicht auf die Notlage für straflos. Dabei unterscheidet das Gesetz nach der Art und Weise, durch welche die Gefahr hervorgerufen wird, zwischen Nötigungsstand (§ 52), Notwehrstand (§ 53) und Notstand (§ 54).

1. Beim Nötigungsstand wird die Gefahr hervorgerufen durch eine Drohung in dem Sinne, daß ein bestimmtes Verhalten bei Meidung eines von dem Drohenden zu bewirkenden oder zu befördernden Übels angesonnen, zugemutet, der Thäter dazu genötigt wird. Mit der Drohung gleich behandelt wird die unwiderstehliche Gewalt.
2. Beim Notwehrstand wird die Gefahr begründet durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff.
3. Beim Notstand wird die Gefahr auf beliebige Weise (z. B. durch Hunger oder durch Feuer) hervorgerufen.

II. Auch das BGB behandelt den Notwehrstand und den Notstand und rechnet mit der in der Theorie herrschenden Lehre zum letztern auch den Nötigungsstand. Es fragt sich, welche Bedeutung den Bestimmungen des StGB's gegenüber denen des BGB's noch zukommt. Dabei ist zu unterscheiden:

1. Der Begriff des Notwehrstands deckt sich in beiden Gesetzbüchern vollkommen. Vergl. BGB § 227. Da diese Stelle die durch Notwehr gebotene Handlung für nicht rechtswidrig erklärt und mit der Rechtswidrigkeit die Strafbarkeit entfällt, so haben die ersten beiden Absätze des § 53 StGB's gegenüber dem BGB keine eigentümliche Bedeutung mehr. Wohl aber der dritte Absatz, dessen Thatbestand das BGB nicht berücksichtigt. Auch der vom BGB gesondert behandelte Selbstschutz des Besitzes (§§ 859. 860. 1829. 1090) kann sich als Notwehrhandlung darstellen. Sofern er das thut, findet auch auf ihn das Gesagte und namentlich § 53 Abs. 3 Anwendung.
2. Dagegen deckt sich der Notstandsbegriff des BGB's, wie eine Vergleichung der §§ 228. 904 mit StGB § 54 ergiebt, nicht vollständig mit dem des StGB's. Gleichwohl ist eine Handlung, die nur als zivilrechtliche Notstandshandlung im Sinne des BGB's erscheint, deshalb nicht strafbar, weil es ihr an der Rechtswidrigkeit fehlt.

In dem gleichen Sinne sind die außerhalb des BGB's anerkannten Fälle des zivilrechtlichen Notstands zu beurteilen. HGB §§ 700 ff. Seemannsordnung §§ 87. 88, Postgesetz v. 28./10 1871 § 17, Strandnngsordnung v. 17./5 1874 § 9. So die herrschende Lehre schon vor dem BGB.

III. Als besondere Fälle der Gefahr kommen für das BGB die der erlaubten Selbsthilfe in Betracht (§§ 229 ff.). Da es auch ihnen an der Rechtswidrigkeit fehlt, so kann trotz des Schweigens des StGB's von Strafbarkeit keine Rede sein. — Wegen der Frage, ob die unerlaubte Selbsthilfe als solche strafbar ist, s. EG § 2 III 1.

IV. Über den Einfluß, den das bürgerliche Recht in den bezeichneten Richtungen auf das Strafrecht ausübt, s. besonders R. Merkel, Die Kollision rechtmäßiger Interessen (1895), Endemann §§ 86 ff., Titze, Die Notstandsrechte (1897), v. Liszt, Die Deliktsobligationen (1898), auch Pretsch, Das Notstandsrecht des BGB's (1899).

§ 52.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine Drohung, welche mit einer gegen-

Digitized by Google

wärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben seiner selbst oder eines Angehörigen verbunden war, zu der Handlung genötigt worden ist.

Als Angehörige im Sinne dieses Strafgesetzes sind anzusehen Verwandte und Verschwägerte auf- und absteigender Linie, Adoptiv- und Pflegeeltern und -Kinder, Ehegatten, Geschwister und deren Ehegatten, und Verlobte.

I. **Der Nötigungsstand** wird begründet:

1. durch unwiderstehliche Gewalt,
2. durch eine Drohung, welche mit einer gegenwärtigen, auf andere Weise nicht abwendbaren Gefahr für Leib oder Leben der eigenen oder einer angehörigen Person verbunden ist.

Zu 1. Unter **Gewalt** hat man die Anwendung erheblicher Kraft zur Überwindung eines Widerstandes zu verstehen. Ähnlich die meisten, z. B. Helmcke, Der Begriff der Gewalt (1895) 4. Gegen das Moment der Erheblichkeit jedoch Heilborn Ztschr. 18, 187. Ob die Kraftanwendung erheblich ist, muß nach den Umständen bemessen werden. Es kommt dabei nicht nur die Person des Nötigenden, sondern auch die des Genötigten in Betracht. Der eigenen körperlichen Kraft steht hier wie sonst diejenige gleich, deren sich der Vergewaltiger bedient (z. B. der gehetzte Hund). Eben deshalb ist auch die Freiheitsberaubung als Gewalt anzusehen, vorausgesetzt, daß sie als solche, d. h. als Freiheitsberaubung, empfunden wird. So v. Buri, Beilageheft zum GS 29, 16, Olsh. 3, E 27, 405. Desgleichen liegt Gewalt in jeder Betäubung, nicht nur in der, welche durch unmittelbare Körperkraft (z. B. Schlag), sondern auch in der, welche durch die Kraft narkotischer Mittel bewirkt wird. So v. Lilienthal Ztschr. 7, 376, Helmcke 31 ff., Meyer 503, Binding, Lehrb. 83. Letzterer bestimmt (zunächst allerdings nur für das Gebiet der Freiheitsverbrechen) die Gewalt als „jede Einwirkung, welche den Angegriffenen der Fähigkeit der Willensbildung oder der Willensbethätigung beraubt". Abweichend die meisten, z. B. Olsh. 2 zu § 240.

Daß der Widerstand, zu dessen Beseitigung die Gewalt bestimmt ist, wirklich geleistet wurde, kann nicht gefordert werden. Es genügt, wenn der Nötiger einen Widerstand erwartete und ihn durch das Maß der angewendeten Kraft von vornherein ausschloß. Ebenso v. Buri a. a. O. 19, Meyer 568. Ähnlich Merkel in Holtzend. Handb. 3, 717. Abweichend u. a. Liszt § 98. Notwendigerweise aber muß die Kraft körperlich, physisch empfunden werden. Übe ich Gewalt gegen das Kind aus, um dadurch den Lehrer zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen, so ist meine Thätigkeit gegenüber dem Lehrer keine Gewalt. Vergl. Billnow, Raub und Erpressung (1875) 6.

Die Gewalt wendet sich entweder gegen Personen oder Sachen. Die unmittelbar gegen Sachen gerichtete Gewalt kann sich aber mittelbar gegen eine Person äußern. Gewalt gegen eine Person ist sie in diesem Falle, wenn sie von der Person physisch empfunden und zur Überwindung ihres Widerstandes bestimmt ist. Eine engere Bedeutung hat der Begriff der Gewalt an einer Person (z. B. § 117). Hier wird man verlangen müssen, daß die Gewalt sich unmittelbar gegen die Person äußere. So v. Liszt § 98. Nach E 16, 172 und Olsh. 14 zu § 117 bezeichnet Gewalt „gegen eine Person" nur die Richtung auf eine solche, während bei der Gewalt „an einer Person" diese wirklich getroffen werden müsse. Andere, z. B. Hälschner 2, 818, leugnen jeden Unterschied.

Unwiderstehlich ist die Gewalt dann, wenn ihr nach den konkreten Umständen kein Widerstand geleistet werden kann. Mit Recht identifiziert die herrschende Lehre diese Gewalt mit der vis absoluta in dem Sinne einer unmittelbar auf die Muskeln wirken-

Digitized by Google

den Kraft. Z. B. mein Finger wird mit einer jeden Widerstand ausschließenden Kraft an den Abzug einer Pistole geführt. Daß die Gewalt von außen wirkt, ist nicht erforderlich. Auch eine von innen wirkende Gewalt, wie sie bei Reflexbewegungen (Krämpfen) vorkommt, kann ausreichen.

Zu 2. Über den Begriff der **Drohung** s. § 48 II 1a.

Um Straflosigkeit des Bedrohten (Genötigten) zu bewirken, muß

a) die Drohung mit **Gefahr für Leib und Leben** der genötigten oder einer ihr angehörigen Person verbunden sein, das heißt: es muß in dem Genötigten die Befürchtung wachgerufen worden sein, daß er oder ein Angehöriger (sofort) das Leben oder die körperliche Integrität verlieren werde, falls er nicht die ihm angesonnene Handlung ausführe. Als Gefahr für den Leib kann aber nicht schon jede geringfügige, sondern nur eine erheblichere Körperverletzung angesehen werden. Denn der Gedanke des Gesetzes ist der, daß nur die Gefährdung eines wertvollen Gutes die Verletzung eines andern zu entschuldigen vermöge. Ebenso Olsh. 9, Rüd.-Stengl. 4. A. A. z. B. Binding 1, 770. Es muß ferner

b) die Gefahr eine **gegenwärtige** sein in dem Sinne, daß der Bedrohte den Eintritt des angedrohten Übels als unmittelbar bevorstehend ansieht. Es muß endlich

c) die Gefahr **auf andere Weise als durch Begehung der angesonnenen Handlung nicht abwendbar sein.** Das heißt: es muß dem Genötigten nach Lage der konkreten Verhältnisse (z. B. seiner Körperschaft) ein anderer Ausweg nicht zu Gebote stehen. Möglichkeit der Flucht ist ein solcher Ausweg. Wenn objektiv betrachtet ein anderer Ausweg offen steht, der Genötigte ihn jedoch nicht erkennt, so kommt es darauf an, ob ihm diese Unkenntnis zum Verschulden angerechnet werden kann oder nicht. Im ersteren Falle bleibt er wegen fahrlässiger Thäterschaft strafbar, vorausgesetzt, daß das in Frage kommende Delikt fahrlässig begangen werden kann. Vergl. § 59 VIII.

II. **Das abgenötigte Verhalten** besteht:

1. bei der Drohung darin, daß der Bedrohte zur Rettung aus der Gefahr das thut, was ihm der Bedroher zumutet. Z. B.: Die uneheliche Mutter tötet das Kind, nachdem der Vater ihr gedroht hat, sie andernfalls selbst zu töten. Da das abgenötigte Verhalten nur dann straflos ist, wenn die Gefahr nicht auf andere Weise abwendbar war, in der Drohung aber zugleich ein gegenwärtiger rechtswidriger Angriff im Sinne des § 53 liegt, so ist die Mutter nur dann straflos, wenn sie die Notwehrhandlung (die Unschädlichmachung des Vaters) nicht vollziehen kann. Vergl. Löffler, Ztschr. 21, 540;
2. bei der unwiderstehlichen Gewalt darin, daß der Genötigte ihr nachgiebt, folgt.

In beiden Fällen nimmt der Genötigte eine Handlung im Rechtssinne nicht vor. Vergl. § 1 II. Daraus folgt, daß zu seiner That eine strafbare Teilnahme als solche nicht denkbar ist und daß der Nötiger als mittelbarer Thäter erscheint. E 31, 395 und § 48 II 1. A. A. Olsh. 14. Wegen der Frage der Notwehr gelten die Ausführungen zu § 54 III.

III. Der zweite Absatz legt den **Begriff der Angehörigen** für das ganze Gebiet des Strafgesetzbuchs fest. Sofern die einzeln aufgezählten Verhältnisse im BGB begrifflich festgelegt sind, ist dieses maßgebend. (Allerdings fehlt es an einer dem Art. 33 EG z. BGB entsprechenden Bestimmung, aber der aufgestellte Satz ist um so weniger bedenklich, als schon seither die Auslegung in allen wesentlichen Beziehungen zu der gleichen Auffassung gelangte, wie jetzt das BGB). Nur muß, wie die herrschende Lehre es auch seither that, die uneheliche Verwandtschaft der ehelichen gleichgestellt werden. BGB § 1589 Abs. 2 erklärt lediglich, daß das uneheliche Kind und dessen Vater nicht als verwandt „gelten", d. h. daß die Bestimmungen des BGB's über Verwandte auf sie keine Anwendung finden.

Digitized by Google

Hinsichtlich der Verhältnisse, die das BGB nicht bestimmt, ist folgendes zu bemerken:

1. Als Verlobte sind diejenigen Personen anzusehen, welche ein ernstliches Eheversprechen bindet. Vergl. dazu Olsh. 24, der bemerkt, daß die Willenseinigung über die Ehe mit den allgemeinen Grundsätzen über die Giltigkeit von Willenserklärungen nicht in Widerspruch treten dürfe, und der deshalb namentlich Minderjährige nur dann als Verlobte ansieht, wenn ihr gesetzlicher Vertreter seine Einwilligung zum Eheversprechen erteilt hat. A. A. Oppenh.-Del. 17.
2. Pflegeeltern und -Kinder sind bei einem dauernden Verhältnis vorhanden, das thatsächlich dem zwischen natürlichen Eltern und Kindern rechtlich Bestehenden entspricht, namentlich also durch sittliche Über- und Unterordnung charakterisiert wird. E 27, 129 (nicht der Lehrling). 28, 230. 34, 161 (letzteres Urteil mit der Ausführung, daß landesrechtliche Bestimmungen über den Begriff der Pflegeeltern und -Kinder nicht mehr zu Recht bestehen).

In allen Fällen ist das Angehörigkeitsverhältnis ein gegenseitiges. Es ist also nicht nur der Bruder ein Angehöriger des Ehemanns seiner Schwester, sondern auch der Ehemann ein Angehöriger des Bruders seiner Frau. Ebenso Binding 1, 787, Olsh. 23. A. A. z. B. Meyer 287.

IV. Ähnlich wie der Nötigungsstand ist der **Befehl des Vorgesetzten** rechtlich zu behandeln. Sinnt dieser dem Untergebenen eine regelmäßig strafbare Handlung an, so darf der letztere nur dann straflos Folge leisten, wenn das Recht die Gehorsamspflicht höher bewertet als das Rechtsgut, das durch die Befolgung verletzt wird. Nach dem Reichsbeamtengef. § 10 ist das niemals der Fall, wohl aber nach dem MStGB § 47 und der Seemannsordnung § 85. Vergl. van Calker, Die strafrechtl. Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen (1891), sowie die Lehrbücher des Staats- und Verwaltungsrechts. — Diese Fälle sind aber nur Unterarten der **Pflichtenkollision.** Von einer solchen spricht man dann, wenn mehrere Rechtspflichten auftreten, im Einzelfalle aber die Erfüllung der einen die der andern ausschließt. Z. B. die Pflicht Gefangene zu bewachen und an einem dritten Orte Anzeige wegen eines geplanten Mordes zu erstatten. Als Regel muß hier gelten, daß die höhere Pflicht auf Kosten der niedern zu erfüllen ist. Dienstinstruktionen können daran nichts ändern. Vergl. Binding 1, 759 ff., E 20, 190.

§ 53.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

Die Überschreitung der Notwehr ist nicht strafbar, wenn der Thäter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist.

I. **Notwehrstand** ist ein Zustand der Gefahr für ein eigenes oder für ein fremdes Rechtsgut, hervorgerufen durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff. Angriff ist eine Handlung, welche (wenn auch nur thatsächlich) darauf gerichtet ist, einen bestehenden Zustand durch Verletzung eines Rechtsguts zu verändern. Die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes (z. B. der Mieter zieht nicht rechtzeitig aus, der Schuldner zahlt nicht) ist nicht Angriff. E 19, 298. Die Frage, ob einer solchen Aufrechterhaltung in straffloser Weise entgegengetreten werden kann, ist keine Frage der Notwehr, sondern im wesentlichen nach dem Gesichtspunkte der Selbsthülfe zu beantworten. Vergl. Vorbem. zu §§ 42—54 III. Nur wenn die Aufrechterhaltung

Digitized by Google

eines rechtswidrig begründeten Zustandes zum Thatbestande eines Delikts gehört, dieses also ein fortdauerndes ist, dauert auch der Angriff so lange fort, wie der rechtswidrige Zustand selbst (z. B. Freiheitsberaubung) und ist demnach Notwehr zulässig. Zur Natur des Angriffs gehört, daß er von einem belebten Wesen ausgeht. Eine Gefährdung durch ein unbelebtes Wesen begründet Notstand und beurteilt sich nach § 54 und BGB §§ 228. 904. Binding, Grundriß 1, 152 will auf eine solche Gefährdung die vorliegende Stelle analog anwenden. Vergl. auch Löffler, Ztschr. 21, 537 ff., der in BGB § 228 nur einen Fall der Notwehr sieht. Darüber unten 2. — Gleichgiltig ist, gegen welches Rechtsgut sich der Angriff wendet. „Jedes Gut ist wehrfähig". Daher ist die Notwehrhandlung nicht nur bei Angriff gegen Leib und Leben, sondern auch bei Angriff gegen die Ehre (E 21, 168) oder das Vermögen usw. gestattet. Das Gleiche gilt bei Angriff gegen das sittliche und religiöse Gefühl. Vergl. Neumond GS 56, 46 ff. Ebenso gleichgiltig ist es, ob der Angriff sich gegen ein Rechtsgut des Verteidigers selbst oder gegen das einer dritten Person wendet. In dem letzteren Falle bezeichnet man die Notwehrhandlung als Nothilfe. Der Angriff aber muß sein:

1. **ein gegenwärtiger.** Gegenwärtig ist der Angriff, wenn die Gefahr einer zeitlich unmittelbaren Verletzung vorhanden ist. Binding 1, 746. Die Drohung, die Mienen, das ganze Verhalten des Gegners vereinigen sich für die natürliche Auffassung zu einer Einheit mit der wirklichen Ausführung, sofern diese unmittelbar bevorsteht. Der Angegriffene braucht also mit seiner Abwehr nicht zu warten, bis ihm eine Verletzung zugefügt ist. Der begonnene, schon in eine Verletzung übergegangene Angriff bleibt so lange gegenwärtig, als die Zufügung einer neuen oder die Vergrößerung der bereits eingetretenen Verletzung durch das Verhalten des Angreifers unmittelbar bevorsteht. Danach bestimmen sich die Grenzen des gegenwärtigen Angriffs gegenüber dem abgeschlossenen und dem erst in der Zukunft drohenden. Nicht maßgebend ist der Augenblick der formellen Vollendung des Delikts, um so weniger, als der Angriff überhaupt nicht strafbar zu sein braucht. Die praktisch wichtigste Frage, ob Notwehr gegen den flüchtigen Dieb erlaubt ist, wird jetzt allerdings dahin zu beantworten sein, daß nicht Notwehr, wohl aber Selbsthilfe gestattet ist. BGB § 859. Titze, Die Notstandsrechte (1897) 79;
2. **ein rechtswidriger.** Dieses Moment mußte in die Definition aufgenommen werden, weil es Angriffe giebt, die man sich gefallen lassen muß. Es spricht aber nichts dafür, daß der Angriff auch ein subjektiv rechtswidriger, geschweige denn ein strafbarer sein müsse. Daher kann er auch von einem unzurechnungsfähigen Menschen oder von einem Tiere ausgehen. A. A. die meisten, z. B. Meyer 278, Merkel 163, Titze 82, Vigelius, Über Notwehr gegen Tiere (1899), E 34, 295 (nur gegen Menschen). Neuerdings behauptet v. Liszt § 33, der (wie das RG) früher auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht stand, das BGB kenne (§ 228) bei Gefährdung durch Tiere nur Notstand. S. auch v. Liszt, Deliktsobligationen (1898) 87. 91, Endemann § 88; dagegen Cosack § 78. Aber selbst wenn das BGB in diesem Sinne auszulegen wäre, so könnte dies nicht von Einfluß auf die Auslegung des StGB's sein. So auch Binding, Grundriß 1, 151. Aus seiner unter 1 mitgeteilten Auffassung des § 228 BGB's zieht Löffler die Folgerung, daß gegen einen unverschuldeten oder nur fahrlässig verschuldeten Angriff von seiten eines Menschen Notwehr lediglich innerhalb der Schranken des § 228 zulässig sei. Dem kann nach dem Wortlaute der einschlagenden Bestimmungen nicht beigetreten werden. Mit Recht aber weist Löffler darauf hin, daß die Beschränkung der Notwehr auf schuldhafte Angriffe eine Folgerung der rechtsphilosophischen Ansicht ist, welche den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit ablehnt. — Der Umstand, daß der Angriff von dem Angegriffenen provoziert wurde, steht der Rechtswidrigkeit nicht entgegen. Ebensowenig die persönliche Straflosigkeit des Angreifenden (z. B. wegen Monarchenqualität). A. A. bzgl. der Monarchen bes. Doehn, Ztschr. 21, 522. — Über Notwehr gegen Beamte s. § 113.

Digitized by Google

Hinsichtlich der Verhältnisse, die das BGB nicht bestimmt, ist folgendes zu bemerken:

1. Als Verlobte sind diejenigen Personen anzusehen, welche ein ernstliches Eheversprechen bindet. Vergl. dazu Olsh. 24, der bemerkt, daß die Willenseinigung über die Ehe mit den allgemeinen Grundsätzen über die Giltigkeit von Willenserklärungen nicht in Widerspruch treten dürfe, und der deshalb namentlich Minderjährige nur dann als Verlobte ansieht, wenn ihr gesetzlicher Vertreter seine Einwilligung zum Eheversprechen erteilt hat. A. A. Oppenh.-Del. 17.
2. Pflegeeltern und -Kinder sind bei einem dauernden Verhältnis vorhanden, das thatsächlich dem zwischen natürlichen Eltern und Kindern rechtlich Bestehenden entspricht, namentlich also durch sittliche Über- und Unterordnung charakterisiert wird. E 27, 129 (nicht der Lehrling). 28, 230. 34, 161 (letzteres Urteil mit der Ausführung, daß landesrechtliche Bestimmungen über den Begriff der Pflegeeltern und -Kinder nicht mehr zu Recht bestehen).

In allen Fällen ist das Angehörigkeitsverhältnis ein gegenseitiges. Es ist also nicht nur der Bruder ein Angehöriger des Ehemanns seiner Schwester, sondern auch der Ehemann ein Angehöriger des Bruders seiner Frau. Ebenso Binding 1, 787, Olsh. 23. A. A. z. B. Meyer 287.

IV. Ähnlich wie der Nötigungsstand ist der **Befehl des Vorgesetzten** rechtlich zu behandeln. Sinnt dieser dem Untergebenen eine regelmäßig strafbare Handlung an, so darf der letztere nur dann straflos Folge leisten, wenn das Recht die Gehorsamspflicht höher bewertet als das Rechtsgut, das durch die Befolgung verletzt wird. Nach dem Reichsbeamtengef. § 10 ist das niemals der Fall, wohl aber nach dem MStGB § 47 und der Seemannsordnung § 85. Vergl. van Calker, Die strafrechtl. Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen (1891), sowie die Lehrbücher des Staats- und Verwaltungsrechts. — Diese Fälle sind aber nur Unterarten der **Pflichtenkollision.** Von einer solchen spricht man dann, wenn mehrere Rechtspflichten auftreten, im Einzelfalle aber die Erfüllung der einen die der andern ausschließt. Z. B. die Pflicht Gefangene zu bewachen und an einem dritten Orte Anzeige wegen eines geplanten Mordes zu erstatten. Als Regel muß hier gelten, daß die höhere Pflicht auf Kosten der niedern zu erfüllen ist. Dienstinstruktionen können daran nichts ändern. Vergl. Binding 1, 759 ff., E 20, 190.

§ 53.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung durch Notwehr geboten war.

Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen, rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

Die Überschreitung der Notwehr ist nicht strafbar, wenn der Thäter in Bestürzung, Furcht oder Schrecken über die Grenzen der Verteidigung hinausgegangen ist.

I. **Notwehrstand** ist ein Zustand der Gefahr für ein eigenes oder für ein fremdes Rechtsgut, hervorgerufen durch einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff. Angriff ist eine Handlung, welche (wenn auch nur thatsächlich) darauf gerichtet ist, einen bestehenden Zustand durch Verletzung eines Rechtsguts zu verändern. Die Aufrechterhaltung eines rechtswidrigen Zustandes (z. B. der Mieter zieht nicht rechtzeitig aus, der Schuldner zahlt nicht) ist nicht Angriff. E 19, 298. Die Frage, ob einer solchen Aufrechterhaltung in straffloser Weise entgegengetreten werden kann, ist keine Frage der Notwehr, sondern im wesentlichen nach dem Gesichtspunkte der Selbsthilfe zu beantworten. Vergl. Vorbem. zu §§ 42—54 III. Nur wenn die Aufrechterhaltung

Digitized by Google

eines rechtswidrig begründeten Zustandes zum Thatbestande eines Delikts gehört, dieses also ein fortdauerndes ist, dauert auch der Angriff so lange fort, wie der rechtswidrige Zustand selbst (z. B. Freiheitsberaubung) und ist demnach Notwehr zulässig. Zur Natur des Angriffs gehört, daß er von einem belebten Wesen ausgeht. Eine Gefährdung durch ein unbelebtes Wesen begründet Notstand und beurteilt sich nach § 54 und BGB §§ 228. 904. Binding, Grundriß 1, 152 will auf eine solche Gefährdung die vorliegende Stelle analog anwenden. Vergl. auch Löffler, Ztschr. 21, 537 ff., der in BGB § 228 nur einen Fall der Notwehr sieht. Darüber unten 2. — Gleichgiltig ist, gegen welches Rechtsgut sich der Angriff wendet. „Jedes Gut ist wehrfähig". Daher ist die Notwehrhandlung nicht nur bei Angriff gegen Leib und Leben, sondern auch bei Angriff gegen die Ehre (E 21, 168) oder das Vermögen usw. gestattet. Das Gleiche gilt bei Angriff gegen das sittliche und religiöse Gefühl. Vergl. Neumond GS 56, 46 ff. Ebenso gleichgiltig ist es, ob der Angriff sich gegen ein Rechtsgut des Verteidigers selbst oder gegen das einer dritten Person wendet. In dem letzteren Falle bezeichnet man die Notwehrhandlung als Nothilfe. Der Angriff aber muß sein:

1. **ein gegenwärtiger.** Gegenwärtig ist der Angriff, wenn die Gefahr einer zeitlich unmittelbaren Verletzung vorhanden ist. Binding 1, 746. Die Drohung, die Mienen, das ganze Verhalten des Gegners vereinigen sich für die natürliche Auffassung zu einer Einheit mit der wirklichen Ausführung, sofern diese unmittelbar bevorsteht. Der Angegriffene braucht also mit seiner Abwehr nicht zu warten, bis ihm eine Verletzung zugefügt ist. Der begonnene, schon in eine Verletzung übergegangene Angriff bleibt so lange gegenwärtig, als die Zufügung einer neuen oder die Vergrößerung der bereits eingetretenen Verletzung durch das Verhalten des Angreifers unmittelbar bevorsteht. Danach bestimmen sich die Grenzen des gegenwärtigen Angriffs gegenüber dem abgeschlossenen und dem erst in der Zukunft drohenden. Nicht maßgebend ist der Augenblick der formellen Vollendung des Delikts, um so weniger, als der Angriff überhaupt nicht strafbar zu sein braucht. Die praktisch wichtigste Frage, ob Notwehr gegen den flüchtigen Dieb erlaubt ist, wird jetzt allerdings dahin zu beantworten sein, daß nicht Notwehr, wohl aber Selbsthilfe gestattet ist. BGB § 859. Titze, Die Notstandsrechte (1897) 79;
2. **ein rechtswidriger.** Dieses Moment mußte in die Definition aufgenommen werden, weil es Angriffe giebt, die man sich gefallen lassen muß. Es spricht aber nichts dafür, daß der Angriff auch ein subjektiv rechtswidriger, geschweige denn ein strafbarer sein müsse. Daher kann er auch von einem unzurechnungsfähigen Menschen oder von einem Tiere ausgehen. A. A. die meisten, z. B. Meyer 278, Merkel 163, Titze 82, Vigelius, Über Notwehr gegen Tiere (1899), E 34, 295 (nur gegen Menschen). Neuerdings behauptet v. Liszt § 33, der (wie das RG) früher auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht stand, das BGB kenne (§ 228) bei Gefährdung durch Tiere nur Notstand. S. auch v. Liszt, Deliktsobligationen (1898) 87. 91, Endemann § 88; dagegen Cosack § 78. Aber selbst wenn das BGB in diesem Sinne auszulegen wäre, so könnte dies nicht von Einfluß auf die Auslegung des StGB's sein. So auch Binding, Grundriß 1, 151. Aus seiner unter 1 mitgeteilten Auffassung des § 228 BGB's zieht Löffler die Folgerung, daß gegen einen unverschuldeten oder nur fahrlässig verschuldeten Angriff von seiten eines Menschen Notwehr lediglich innerhalb der Schranken des § 228 zulässig sei. Dem kann nach dem Wortlaute der einschlagenden Bestimmungen nicht beigetreten werden. Mit Recht aber weist Löffler darauf hin, daß die Beschränkung der Notwehr auf schuldhafte Angriffe eine Folgerung der rechtsphilosophischen Ansicht ist, welche den Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit ablehnt. — Der Umstand, daß der Angriff von dem Angegriffenen provoziert wurde, steht der Rechtswidrigkeit nicht entgegen. Ebensowenig die persönliche Straflosigkeit des Angreifenden (z. B. wegen Monarchenqualität). A. A. bzgl. der Monarchen bes. Doehn, Ztschr. 21, 522. — Über Notwehr gegen Beamte s. § 113.

Digitized by Google

II. **Notwehrhandlung** ist die Handlung, die zur Beseitigung der Gefahr vollzogen wird und in der Verteidigung gegen den gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff besteht. Sie ist straflos, sofern sie sich innerhalb der richtigen Grenzen hält. Wenn das Gesetz die Verteidigungshandlung für straflos erklärt, so meint es offenbar die aktive, gegen den Angreifer gerichtete, nicht nur die passive Verteidigungshandlung (Vorhalten einer Schutzwehr), deren Straflosigkeit in der That selbstverständlich ist. Das Gesetz erklärt aber die Verteidigungshandlung schlechthin für straflos, also auch insofern, als sie gleichzeitig dritte Personen verletzt. So E 21, 168; van Calker, Ztschr. 12, 443 ff. Abweichend die meisten, s. bes. Bauke, Die Zulässigkeit der Notwehr gegenüber beleidigenden Äußerungen des Geistlichen während des Gottesdienstes (1894), Tobler, Die Grenzgebiete zwischen Notwehr und Notstand (1894), Titze 89. Weitere Litteratur bei Frank, Ztschr. 14, 360. Man muß zugeben, daß die hier vertretene Ansicht zu bedenklichen Konsequenzen führt. Z. B. der Angegriffene sieht voraus, daß der gegen den Angreifer gerichtete Schuß außer diesem auch eine andere Person treffen wird. Aber diesen Bedenken stehen ebensoviele auf der andern Seite gegenüber. Es dürfte nach der gegenseitigen Ansicht z. B. der Bauer, der bemerkt, wie seine Tochter während des Gottesdienstes unzüchtig betastet wird, ihr nicht zu Hilfe kommen, weil er sonst vielleicht den Gottesdienst stören würde.

Die **Grenzen der Verteidigung** werden vom Gesetze dahin bestimmt, daß alles straflos ist, was zur Abwendung des Angriffs erforderlich ist. Maßgebend ist m. a. W. die Intensität des Angriffs, nicht der Wert des angegriffenen Rechtsguts. Nötigenfalls kann also der Angegriffene denjenigen niederschießen, der ihm ein ganz unbedeutendes Vermögensobjekt entwenden will. Was erforderlich ist, kann nur von Fall zu Fall bestimmt werden. Immer ist ein objektives Maß anzulegen, das heißt: es entscheidet nicht, was der Angegriffene für erforderlich hielt, sondern was den Umständen nach erforderlich war. R 1, 23. 9, 471. Abweichend u. a. Binding 1, 751. Eine objektive Beurteilung muß aber stets die konkreten Umstände im Auge behalten, und zu diesen gehören auch die in Betracht kommenden Personen. Ist der Angegriffene ein starker Mann, so kann vielleicht schon ein Stoß genügen, während der schwache Knabe zum Messer greifen muß.

Wer die so gezogenen Grenzen der Verteidigung überschreitet, also einen **Notwehrexzeß** begeht, ist verantwortlich für alles, was er mehr gethan hat, als erforderlich war, und zwar bei bewußter Überschreitung als vorsätzlicher Thäter, als fahrlässiger dagegen dann, wenn er infolge eines schuldhaften Irrtums die Grenzlinie verkannte. Vergl. Frank, Ztschr. 14, 360 ff.

Jede Verantwortung aber bleibt ausgeschlossen, wenn die Überschreitung der Grenzen auf Bestürzung, Furcht oder Schrecken (nicht aber: Kampfeseifer) zurückzuführen ist. Diese Ausnahme gilt auch bei bewußtem Exzeß. E 21, 189.

Die Notwehrhandlung ist auch dann straflos, wenn es dem Angegriffenen möglich war, sich durch **Anrufung der Obrigkeit oder Flucht** zu schützen. Dies folgt, wie Olsh. 2 mit Recht bemerkt, sobald man die im zweiten Absatze gegebene Definition dem im ersten Absatze gebrauchten Worte „Notwehr" substituiert. Ebenso Binding 1, 732, v. Liszt § 33, Meyer 281, Löffler a. a. O. 541. Dagegen u. a. Oppenh.-Del. 2, E 16, 69 (jedoch werde schimpfliche Flucht nicht verlangt). Allerdings sind die Konsequenzen der vertretenen Ansicht nicht unbedenklich.

Eine Handlung, die zur Beseitigung der Gefahr vollzogen wird, sich aber nicht gegen den Angreifer richtet, also keine Verteidigungshandlung ist, ist keine Notwehrhandlung, sondern eine Notstandshandlung. Z. B. der Angegriffene flieht und verletzt dabei fremde Gärten, Zäune u. dgl.

III. Da die Notwehrhandlung nicht rechtswidrig ist (BGB § 227), so ist der Notwehrstand zweifellos ein **negatives Thatbestandsmerkmal.** Daraus folgt:

1. auch die Teilnahme an der Notwehrhandlung ist straflos,
2. bei Putativnotwehr ist der Dolus ausgeschlossen. Man spricht von

Digitized by Google

Putativnotwehr dann, wenn jemand irrtümlicherweise glaubt, einem gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff gegenüberzustehen. S. über das Nähere § 59 II 2;

3. Notwehr(handlung) gegen die Notwehr(handlung) giebt es nicht. Dagegen sind die Umstände, welche die Strafbarkeit des Notwehrexzesses ausschließen, rein persönlicher Natur und demgemäß Gegennotwehr statthaft.

IV. Unter dem Gesichtspunkte der Notwehr hat man namentlich auch das Anbringen von **Schutzmaßregeln**, z. B. Selbstgeschossen, zu betrachten. Da diese erst verletzend wirken sollen, wenn ein Angriff vorliegt, so kann man nicht sagen, daß es sich um Verteidigung gegen einen zukünftigen Angriff handle. Entsprechen sie freilich dieser Anforderung nicht und verletzen sie etwa eine zufällig des Weges kommende Person, so ist die strafrechtliche Haftbarkeit begründet. Die Mehrzahl der Schutzmaßregeln wird auch gegenüber dem wirklichen Angreifer intensiver wirken, als erforderlich ist, um den Angriff abzuwehren, so daß strafbarer Notwehrexzeß vorliegt. Wer freilich ein Grundstück betritt, auf dem, wie er weiß, Selbstgeschosse liegen, wird sich eine etwaige Verletzung allein zuzuschreiben haben. S. über die Frage Rotering, Arch. **30**, 415 ff. und Sommerlad, GS **39**, 359 ff. — An sich strafbar ist das Anbringen gewisser Schutzmaßregeln nur im Falle des § 367 Nr. 8.

§ 54.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Handlung außer dem Falle der Notwehr in einem unverschuldeten, auf andere Weise nicht zu beseitigenden Notstande zur Rettung aus einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben des Thäters oder eines Angehörigen begangen worden ist.

I. **Begriff des Notstandes.** — Wie schon in den Vorbem. zu §§ 52—54 gesagt wurde, ist Notstand ein Zustand der Gefahr, der auf irgend welche Weise hervorgerufen wird. Jeder Nötigungsstand oder Notwehrstand ist also gleichzeitig ein Notstand. Das StGB legt aber dem Notstand im engeren Sinne nur dann strafausschließende Wirkung bei, wenn eine Anzahl weiterer Bedingungen erfüllt ist.

1. Die Gefahr muß sich richten gegen Leib oder Leben. Es giebt also keinen Eigentums-, keinen Ehrnotstand usw. (Vergl. jedoch §§ 193. 313 Abs. 2.) Anders BGB §§ 228. 904.
2. Gefährdet muß die eigene oder eine dem Thäter angehörige Person sein (vergl. § 52 Abs. 2). Anders BGB §§ 228. 904.
3. Die Gefahr darf nicht verschuldet sein. Anders BGB §§ 228. 904. Wer sich mutwillig in Gefahr begiebt, der mag darin verderben. Genauer: wer ohne rechtfertigende Veranlassung eine Handlung vornimmt, die, wie er voraussah oder hätte voraussehen können, den Eintritt einer bestimmten (konkret erkennbaren) Gefahr zur Folge hat, kann sich nicht auf Notstand berufen, wenn er sich aus dieser Gefahr auf Kosten einer andern Person gerettet hat. Vergl. Binding **1**, 777 ff. Handelt es sich um den Notstand eines Angehörigen, so ist es bestritten, auf wessen Verschulden es ankommt. Nach der herrschenden Lehre (z. B. Olsh. 7) fällt allein das Verschulden des Thäters ins Gewicht. Dagegen weist Binding **1**, 788 mit Recht darauf hin, daß der durch eigenes Verschulden Gefährdete sich selbst nicht straflos retten darf und daß deshalb die Rettung dem Angehörigen noch weniger erlaubt sein kann. Zu bemerken ist jedoch, daß das mangelnde Bewußtsein von dessen Verschulden den Vorsatz des Thäters ausschließt.
4. Die Gefahr darf nicht auf andere Weise abwendbar sein. Auf Notstand kann sich daher nur der berufen, dem kein anderer Ausweg zu Gebote war als eine Notstandshandlung. Wenn ihm ein anderer Ausweg zu Gebote stand, er

Digitized by Google

ihn aber schuldhafterweise nicht erkannte, so haftet er nur wegen fahrlässiger Begehung des betreffenden Delikts. S. § 59 VI 2.

II. **Notstandshandlung** ist die Handlung, die zur Beseitigung der Gefahr vollzogen wird, sofern sie weder als Notwehrhandlung (§ 53), noch als abgenötigte Handlung (§ 52) erscheint. Sie kann sein:

1. eine defensive, wenn sie sich gegen die gefährdende Kraft wendet. Z. B.: um einen in das Triebwerk einer Maschine geratenen Angehörigen zu retten, zerschneide ich die Riemen (vergl. BGB § 904);
2. eine aggressive, wenn sie sich gegen dritte Güter wendet. Z. B.: um mich vor schwerem Unwetter zu schützen, dringe ich gewaltsam in ein fremdes Wohnhaus ein. Oder: die dem Hungertode ausgesetzte Schiffsmannschaft rettet sich, indem sie den Schiffsjungen verspeist (Mignonettefall. Ztschr. 5, 367 ff.). (Vergl. BGB § 228.) S. auch § 53 II a. E..

Mit Rücksicht auf die eigentümliche Richtung der Notstandshandlung im Gegensatz zur Notwehrhandlung pflegt man zu sagen: bei der Notwehr steht Recht gegen Unrecht, bei dem Notstand Recht gegen Recht.

Daß die Notstandshandlung nur dann straflos ist, wenn die Gefahr nicht auf andere Weise abgewendet werden konnte, wurde bereits oben I 4 bemerkt. Anderseits findet in keinem Falle eine sog. Güterabwägung statt, d. h. auch das gleich- und das mehrwertige Gut dürfen im Interesse eines minderwertigen verletzt werden. A. A. Oppenh.-Del. 7. Besteht daher der Notstand in einer Leibesgefahr (S. 89), aus der nur durch Tötung einer dritten Person Rettung möglich ist, so ist die Tötung als Notstandshandlung straflos.

III. **Sofern der Notstand als solcher auch im bürgerlichen Recht anerkannt ist, erscheint er als negatives Thatbestandsmerkmal.** Vergl. Vorbem. zu §§ 52. 53. 54 II 2. Daraus folgt für diese Fälle:

1. auch die Teilnahme an der Notstandshandlung ist straflos,
2. bei Putativnotstand ist der Dolus ausgeschlossen (vergl. § 53 III 2),
3. Notwehr(handlung) gegen Notstands(handlung) giebt es nicht. Wohl aber kann durch die Notstandshandlung auf der andern Seite wiederum Notstand begründet werden.

Die alte Streitfrage, ob es ein Notstandsrecht giebt, wird also vom BGB im bejahenden Sinne entschieden. Dagegen besteht sie noch weiter für alle Fälle des strafrechtlichen Notstandes, der nicht zugleich ein Notstand im Sinne des bürgerlichen Rechts ist. Z. B.: bei einem Schiffbruche drängt der eine den andern von der Planke ins Wasser. Oder: die mich bedrohende Sache ist im Verhältnis zu dem leichten körperlichen Schaden, mit dem sie mich bedroht, sehr wertvoll.

Die Frage des Notstandsrechts wird genauer so formuliert: ist die Handlung rechtmäßig — oder bleibt sie trotz ihrer Straflosigkeit rechtswidrig? Nachdem das BGB die Fälle der nicht rechtswidrigen Notstandshandlung ausdrücklich hervorgehoben hat, wird nichts übrig bleiben, als daß man die andern als rechtswidrig bezeichnet. Ebenso Löffler, Ztschr. 21, 580. A. A. v. Liszt § 34. Daraus folgt die Zulässigkeit der Notwehr gegen die Notstandshandlung. Indessen ist der Schluß auf die Strafbarkeit der Teilnahme noch nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Er würde nur dann begründet sein, wenn neben der Rechtswidrigkeit auch die Strafbarkeit feststände. Nun hat man vielfach den Notstand als einen lediglich individuellen Strafausschließungsgrund angesehen (so auch Löffler a. a. O.), aber diese dem Wortlaute des Gesetzes widersprechende Auffassung niemals in überzeugender Weise dargethan. Insbesondere ist es kein ausreichender Grund, wenn man sich darauf beruft, daß man eine Notstandshandlung zum Schutze fremder dritter Personen nicht straflos vornehmen dürfe; denn dieser Gesichtspunkt bezieht sich nur auf die Thäterschaft. Es ist auch gar nicht zu verstehen, weshalb ich z. B. nicht jemanden sollte darauf hinweisen dürfen, daß er sich straflos retten könne. Von diesen Erwägungen aus gelange ich zur Straflosigkeit der Teilnahme an der Notstandshandlung.

Digitized by Google

Von älterer Litteratur vergl. besonders Binding 1, 766, Hälschner 1, 492 (die Notstandshandlung sei rechtswidrig); Moriaud, Du délit nécessaire (1889) 273 ff.; Stammler, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Notstands (1878) 79 (sie sei rechtlich indifferent.

IV. **Unter Umständen ist die Berufung auf Notstand versagt.** Dies gilt namentlich für den Soldaten hinsichtlich seiner Dienstpflicht. MStGB §§ 49. 84—88. Keineswegs aber darf man behaupten, daß dem Soldaten schlechthin die Berufung auf Notstand versagt sei. Ebensowenig ist eine (lediglich analoge) Erstreckung dieser Ausnahmen auf andere Personen, deren Amt oder Beruf besonderen Mut fordert, statthaft.

§ 55.

Wer bei Begehung der Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden. Gegen denselben können jedoch nach Maßgabe der landesgesetzlichen Vorschriften die zur Besserung und Beaufsichtigung geeigneten Maßregeln getroffen werden. Die Unterbringung in eine Familie, Erziehungsanstalt oder Besserungsanstalt kann nur erfolgen, nachdem durch Beschluß des Vormundschaftsgerichts die Begehung der Handlung festgestellt und die Unterbringung für zulässig erklärt ist.

I. Die jetzige Fassung der Stelle beruht auf EG z. BGB Art. 34.

II. **Die Stelle betrifft die absolut Strafunmündigen.** Sie giebt der Form nach eine prozessuale Vorschrift, ohne sich darüber auszusprechen, weshalb eine Person, die zur Zeit der Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr nicht vollendet hatte, von jeder strafrechtlichen Verfolgung befreit bleiben soll. Der Grund kann schon deshalb nicht in dem Mangel der Prozeßfähigkeit gefunden werden, weil die Vorschrift auch dann Geltung hat, wenn zur Zeit der Entdeckung der Handlung der Thäter längst in ein höheres Lebensalter eingetreten ist. Die historische Tradition spricht durchaus dafür, daß der unter zwölf Jahren Stehende nicht doli capax ist, und in dieser Erwägung hat man den Grund für die Unverfolgbarkeit zu sehen. Wer unter 12 Jahren steht, ist somit rechtlich unzurechnungsfähig und nach den gleichen Regeln zu behandeln wie die unter § 51 fallenden Personen. Strafbare Teilnahme an seiner Handlung ist daher nicht möglich; vielmehr erscheint die Beteiligung als mittelbare Thäterschaft. Wer eine von einer absolut strafunmündigen Person entwendete Sache seines Vorteils wegen an sich bringt, begeht aus dem gleichen Grunde keine Partiererei nach § 259, wohl aber kann er sich durch Zueignung der Sache einer Unterschlagung schuldig machen. Ebenso Hälschner 1, 219, v. Liszt § 38, Merkel 56, Meyer 184, Kohler, Studien 1, 114 und (nach Oppenh.-Del. 3 z. 4. Abschn.) das frühere preuß. Obertribunal. Abweichend die herrschende Lehre, bes. Olsh. 5. 6, E 6, 186. 336. 19, 192. Nach ihr soll von Fall zu Fall entschieden werden, ob das Kind zurechnungsfähig ist oder nicht.

III. Was die Berechnung des Lebensalters betrifft, so nahm man früher an, daß das zwölfte Lebensjahr vollendet sei mit dem Ablauf des Tags der zwölften Wiederkehr des Geburtstags. Nach BGB §§ 186. 187 würde man zu dem Ergebnis gelangen, daß umgekehrt schon mit Beginn des bezeichneten Tages die Vollendung eintrete. Von einer analogen Anwendung dieser Bestimmung kann deshalb keine Rede sein, weil man dabei mit dem Satze nulla poena sine lege in Konflikt geraten würde. Dagegen läßt sich die Auffassung vertreten, daß die Vorschriften des BGB's direkt anwendbar sind. Denn überwiegend hat man in solchen Gesetzen, die keine Bestimmungen über Fristenberechnung enthalten, eine stillschweigende Verweisung auf das jeweilig geltende Privatrecht gefunden. Vergl. auch EG z. BGB Art. 4. Übereinstimmend eine neuere Entsch. des

Digitized by Google

RG's. — Daß es lediglich auf den Zeitpunkt der körperlichen Thätigkeit bezw. der Unterlassung und nicht auf den Erfolg ankommt, wird hier allgemein zugegeben.

IV. Schon seit der Novelle v. 26./2 1876 sind landesrechtliche **Erziehungsmaßregeln** gegen die absolut Strafunmündigen zulässig. S. jetzt z. B. württemb. Ges. v. 6./12 1899, preuß. v. 2./7 1900 (Aufzählung der Landesgesetze bei E. Loening, Die Zwangserziehung, Jahrbücher f. Nationalökonomie u. Statistik, 3. Folge, 20. Bd.). Welche Maßregeln das Landesrecht vorschreibt, steht in seinem Ermessen. Nur hinsichtlich einer Maßregel, nämlich der Unterbringung in einer Familie, Erziehungs- oder Besserungsanstalt, tritt eine reichsrechtliche Bindung insofern ein, als es stets eines entsprechenden Beschlusses des Vormundschaftsgerichts bedarf. Über die zulässige Dauer der Unterbringung fehlt es an Bestimmungen. Hälschner 1, 220, Olsh. 12 erklären § 56 Abs. 2 für analog anwendbar. Doch läßt das oben angeführte preuß. Gesetz die „Fürsorgeerziehung" bis zur Erreichung der Volljährigkeit zu. Die reichsrechtliche Giltigkeit derartiger Bestimmungen wird keinem Bedenken unterliegen. — Im übrigen vergl. wegen Zwangserziehung von den Vorschriften des BGB's bes. §§ 1666. 1838, EG z. BGB Art. 135.

V. Darüber, daß der erste Satz die Landesgesetzgebung absolut bindet, s. EG § 2 VI.

§. 56.

Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß.

In dem Urteile ist zu bestimmen, ob der Angeschuldigte seiner Familie überwiesen oder in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt gebracht werden soll. In der Anstalt ist er so lange zu behalten, als die der Anstalt vorgesetzte Verwaltungsbehörde solches für erforderlich erachtet, jedoch nicht über das vollendete zwanzigste Lebensjahr.

I. Die Stelle legt die **volle Strafmündigkeit** auf das vollendete 18. Lebensjahr. Sie behandelt die relativ Strafmündigen oder „Jugendlichen", d. h. diejenigen Personen, welche zur Zeit der Begehung der Handlung wohl das 12., aber nicht das 18. Lebensjahr vollendet haben (vergl. § 55 II. III). Diese können nicht nur verfolgt, sondern auch verurteilt werden, letzteres aber nur unter der Voraussetzung, daß sie zur Zeit der Begehung der Handlung das sog. Unterscheidungsvermögen (discernement), d. h. diejenige Einsicht besitzen, welche zur Erkenntnis der Strafbarkeit der Handlung erforderlich ist. Ob dies zutrifft oder nicht, muß in jedem Falle besonders geprüft und urteilsmäßig festgestellt werden. S. StPO § 298. Die Prüfung der Frage kommt daher dem erkennenden Richter zu, und es kann weder der Staatsanwalt die Verfolgung, noch das Gericht die Eröffnung des Hauptverfahrens deshalb ablehnen, weil das Unterscheidungsvermögen nicht vorhanden sei. Wegen anderer strafprozessualer Fragen (z. B. Zulässigkeit von Strafbefehlen?) s. die einschlagende Litteratur.

II. Zum **Unterscheidungsvermögen** gehört keineswegs, daß der Thäter wirklich die Strafbarkeit seines Thuns erkannt habe, sondern nur, daß er es nach dem Grade seiner intellektuellen Entwicklung hätte erkennen können. Appelius, Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder (1892) 6 ff. 21 ff., E **15**, 97. **33**, 108. Letzteres Urteil führt (gegen Appelius) aus, daß es nicht genüge, wenn man dem Jugendlichen hinterher die Strafbarkeit klarmachen könne. Der Grad der sittlichen Reife und Widerstandsfähigkeit wird vom Gesetze nicht berück-

Digitized by Google

sichtigt. — Auch bei demselben Individuum kann die Frage des Unterscheidungsvermögens hinsichtlich verschiedener Delikte und Deliktsgruppen verschieden ausfallen. Es ist sehr wohl möglich, daß es hier vorhanden ist, dort fehlt. Immer aber ist die Prüfung auf die konkrete Handlung hin anzustellen; d. h. es fragt sich nicht, ob der Thäter z. B. die Strafbarkeit des Diebstahls im allgemeinen, sondern es fragt sich, ob er die Strafbarkeit dieses von ihm begangenen Diebstahls zu erkennen vermochte. Vergl. E 5, 394. Bei etwaiger Idealkonkurrenz mehrerer Delikte kann Verurteilung und Bestrafung nur wegen desjenigen Delikts erfolgen, bezüglich dessen das Unterscheidungsvermögen vorhanden war. E 11, 367. Für diesen Fall a. A. Olsh. 5. Ist das Unterscheidungsvermögen in dem erläuterten Sinne vorhanden, so kommt darauf nichts an, ob der Thäter die Möglichkeit hatte, zu erkennen, daß er sich durch gewisse begleitende Umstände besonders schwer strafbar mache. E 5, 394.

III. Bestritten ist die Frage, ob beim Mangel des Unterscheidungsvermögens Unzurechnungsfähigkeit in dem zu § 55 erörterten Sinne vorliegt, **strafbare Teilnahme** also ausgeschlossen ist, oder nicht. Die Antwort muß hier anders ausfallen, als dort, und zwar deshalb, weil nach StPO § 298 das Unterscheidungsvermögen unabhängig von der Schuldfrage zu prüfen und es demgemäß möglich ist, daß die Schuldfrage bejaht, das Unterscheidungsvermögen aber verneint wird. Das wäre undenkbar, wenn das Unterscheidungsvermögen ein Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit wäre. Gegen dieses Argument mit Unrecht Oetker, Arch. 47, 322. Im Ergebnis übereinstimmend die herrschende Lehre. Abweichend die zu § 55 I Zitierten (Hälschner usw.). Neuerdings scheint übrigens das RG schwankend werden zu wollen. S. E 27, 392. 29, 98. Dagegen aber (im Sinne der hier vertretenen Auffassung) E 31, 161.

IV. Ist das Unterscheidungsvermögen vorhanden, so erfolgt Verurteilung, jedoch unter Berücksichtigung des § 57. Fehlt das Unterscheidungsvermögen, so ist Freisprechung geboten. Im Falle der Freisprechung muß das Urteil eine Erklärung darüber enthalten, ob Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt erfolgen soll oder nicht. (Die „Überweisung an die Familie" hat nur die negative Bedeutung, daß Unterbringung in einer Anstalt nicht angeordnet werde.) Mit der Verurteilung darf die Unterbringung nicht verbunden werden. Jedoch ist es selbstverständlich denkbar, daß wegen des begangenen Delikts die zuständige Behörde auf Grund anderer Bestimmungen (vergl. § 55 IV) die Zwangserziehung anordnet.

Die Dauer der Verbringung ist nicht im Urteile auszusprechen, sie bemißt sich nach den Erfahrungen in der Anstalt. Dem Ermessen der vorgesetzten Verwaltungsbehörde ist nur die einzige Grenze gezogen, daß die Verwahrung nicht über das 20. Lebensjahr hinaus erfolgen darf. — Da der verurteilte Jugendliche nicht in eine Besserungsanstalt verbracht werden darf, so können er und seine Familie thatsächlich besser wegkommen, als bei erfolgter Freisprechung. Denn ob die Maßregel Strafe heißt oder anders, ist in gewissem Sinne für das praktische Ergebnis gleichgiltig.

V. Darüber, daß § 56 die Landesgesetzgebung bindet, s. EG § 2 VI.

§ 57.

Wenn ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht besaß, so kommen gegen ihn folgende Bestimmungen zur Anwendung:

1. **ist die Handlung mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht, so ist auf Gefängnis von drei bis zu funfzehn Jahren zu erkennen;**

Digitized by Google

2. ist die Handlung mit lebenslänglicher Festungshaft bedroht, so ist auf Festungshaft von drei bis zu funfzehn Jahren zu erkennen;
3. ist die Handlung mit Zuchthaus oder mit einer anderen Strafart bedroht, so ist die Strafe zwischen dem gesetzlichen Mindestbetrage der angedrohten Strafart und der Hälfte des Höchstbetrages der angedrohten Strafe zu bestimmen.

   Ist die so bestimmte Strafe Zuchthaus, so tritt Gefängnisstrafe von gleicher Dauer an ihre Stelle;
4. ist die Handlung ein Vergehen oder eine Übertretung, so kann in besonders leichten Fällen auf Verweis erkannt werden;
5. auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte überhaupt oder einzelner bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht ist nicht zu erkennen.

Die Freiheitsstrafe ist in besonderen, zur Verbüßung von Strafen jugendlicher Personen bestimmten Anstalten oder Räumen zu vollziehen.

I. Das jugendliche Alter des Schuldigen wird vom Gesetze als allgemeiner Strafmilderungsgrund behandelt. Das Gesetz schreibt also selbst vor, inwieweit dem jugendlichen Alter bei der Strafzumessung Rechnung zu tragen sei. Deshalb kann da, wo im Einzelfalle mildernde Umstände zugelassen sind, die Zubilligung derselben nicht gerade darauf gegründet werden, daß der Thäter nur relativ strafmündig war. Derselbe Umstand würde sonst zweimal strafmildernd in Betracht kommen. So Merkel in Holtzend. Handb. 4, 220, Rüd.-Stengl. 2, E 6, 98. Abweichend Binding, Grundriß 1, 227, Olsh. 3.

II. Die strafmildernde Wirkung des jugendlichen Alters zeigt sich in folgenden Beziehungen:

1. Ausgeschlossen sind Todes-, Zuchthaus- und lebenslängliche Festungsstrafe, sowie Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte (mit Einschluß namentlich der Unfähigkeitserklärung zur Bekleidung öffentlicher Ämter nach § 35) und Stellung unter Polizeiaufsicht (Nr. 1. 2. 5). Vergl. auch § 362.
2. Die übrigen Strafen werden ermäßigt (Nr. 3), und zwar in der Art, daß zunächst gefragt wird, welche Strafe im Maximum bei voller Strafmündigkeit zulässig wäre. Die Hälfte dieser Strafe bildet das Maximum, über welches nicht hinausgegangen werden darf. Sodann wird das Minimum aus den §§ 14. 16. 17. 18. 27 entnommen und so der Strafrahmen festgestellt. Ergiebt sich bei dieser Berechnung eine Zuchthausstrafe, so darf diese nach dem unter 1 Gesagten nicht verhängt, sondern muß in Gefängnisstrafe umgewandelt werden; dies aber nicht nach Maßgabe des § 21, sondern einfach in der Art, daß Gefängnisstrafe von gleicher Dauer ausgesprochen wird. Handelt es sich um die Bestrafung eines Versuchs oder einer Beihilfe, so ist zunächst der Strafrahmen gemäß § 44 zu bestimmen und dann die Reduktion gemäß § 57 vorzunehmen (also doppelte Reduktion). Vergl. dazu § 44 II 1 und E 33, 181.
3. Als besondere, nur bei Jugendlichen vorkommende Strafe führt Nr. 6 den Verweis ein. Er ist nur in besonders leichten Fällen zulässig. Ein solcher kann aber nicht gerade wegen des jugendlichen Alters angenommen werden. Über die Vollstreckung desselben fehlt es an ausdrücklichen Bestimmungen (s. jedoch EG für Elsaß-Lothringen Art. 12). Jedenfalls ist die Vollstreckung Sache der Vollstreckungsbehörde, also regelmäßig nicht des Gerichts. S. StPO § 483. Die Vollstreckung darf erst nach der

Digitized by Google

Rechtskraft des Urteils erfolgen. Im übrigen aber muß das Ermessen des Vollstreckungsbeamten über die Form, namentlich auch über Schriftlichkeit oder Mündlichkeit, entscheiden. Eine bindende Vorschrift in dem Urteile ist nur in Elsaß-Lothringen zulässig. Vergl. Ellinger, Der Verweis (1898).

§ 58.

Ein Taubstummer, welcher die zur Erkenntnis der Strafbarkeit einer von ihm begangenen Handlung erforderliche Einsicht nicht besaß, ist freizusprechen.

I. Taubstumm ist, wer die Fähigkeit, artikulierte Laute zu hören und die Fähigkeit zu sprechen entweder niemals besessen oder im frühesten Kindesalter verloren hat. Der Taubstumme steht dem relativ Strafmündigen (§ 56) insofern gleich, als seine Strafbarkeit von dem Vorhandensein des Unterscheidungsvermögens abhängig ist. Ist dieses aber vorhanden, so tritt eine Ermäßigung der Strafe nicht ein. Auch kann Unterbringung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt durch den Strafrichter nicht verfügt werden.

II. Der Grund für die eigentümliche Behandlung des Taubstummen liegt darin, daß er in der Entwicklung zurückgeblieben ist (Fall „gehemmter Entwicklung"). Analoge Ausdehnung des § 58 auf andere Fälle, z. B. Angehörige wilder Völkerstämme, wird daher nicht abzulehnen sein. Vergl. § 2 I 2. Ebenso Hälschner 1, 224, Meyer 153. Dagegen die herrschende Lehre.

§ 59.

Wenn jemand bei Begehung einer strafbaren Handlung das Vorhandensein von Thatumständen nicht kannte, welche zum gesetzlichen Thatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen, so sind ihm diese Umstände nicht zuzurechnen.

Bei der Bestrafung fahrlässig begangener Handlungen gilt diese Bestimmung nur insoweit, als die Unkenntnis selbst nicht durch Fahrlässigkeit verschuldet ist.

I. **Begriff des Dolus oder Vorsatzes.** — Der erste Absatz läßt sich positiv in folgender Weise fassen: die zum gesetzlichen Thatbestande gehörigen oder die Strafbarkeit erhöhenden Thatumstände sind dem Thäter insoweit zuzurechnen, als er sie kannte. Damit wird auf den subjektiven Thatbestand, das Schuldmoment, und zwar auf die schwerste Schuldform, den Dolus oder Vorsatz verwiesen. Im engsten Anschlusse an das Gesetz läßt sich sagen: Dolus ist die die Willensbethätigung begleitende Kenntnis der zum gesetzlichen Thatbestande gehörigen oder die Strafbarkeit erhöhenden Thatumstände.

Als **Thatumstände** sind nicht nur Thatsachen, sondern namentlich auch alle Rechte, Rechtsverhältnisse und sonstige rechtliche Beziehungen anzusehen, die durch das außerhalb des Strafrechts liegende Recht begründet werden; z. B. „Kaiser" oder „Landesherr" (§ 80), „Ehe" (§ 181), „Eigentum" (= „fremde" Sache, § 242), „Forderung" (§ 266 Nr. 2). Dies rechtfertigt sich durch die Erwägung, daß das Strafrecht derartige Gebilde genau ebenso vorfindet und unter seinen Schutz nimmt wie rein thatsächliche Erscheinungen. Es handelt sich bei diesem Satze, dessen wissenschaftliche Begründung manche vermissen (z. B. Hälschner 1, 264, Kahn, Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum [1900] 25), um nichts anderes, als um eine Konsequenz des sekundären Charakters des Strafrechts, und die Konsequenz muß soweit reichen wie dieser selbst. S. o. S. 9.

Digitized by Google

Eine erschöpfende Definition dessen, was man unter Thatumständen zu verstehen hat, wird sich kaum geben lassen. S. jedoch Kahn a. a. O. 49, Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre (1889) 125. Annähernd die gleichen Dienste wie eine Definition leistet aber die Erkenntnis, daß (abgesehen von der soeben erwähnten Ausnahme) der Gegensatz der Thatumstände durch die Rechtsbegriffe gebildet wird. Begriffe also, die durch juristische Abstraktion gefunden werden, sind nicht Thatumstände. Die Kenntnis dieser gehört zum Dolus, die Kenntnis jener nicht. Z. B. braucht der Thäter nicht zu wissen, daß das von ihm gefälschte Etwas eine Urkunde ist, er braucht es nicht unter den Urkundenbegriff zu subsumieren. A. A. nur v. Liszt § 39. Der hier vertretenen Ansicht namentlich das RG. Vergl. E 32, 414. 34, 222. 418. S. u. V 1.

Aber auch die Kenntnis von Thatumständen gehört nur soweit zum Dolus, als sie selbst zum gesetzlichen **Thatbestande** gehören (oder die Strafbarkeit erhöhen). Über den Begriff des Thatbestandes s. o. S. 82. Ob der Thäter solche Thatumstände kennt, die außerhalb des gesetzlichen Thatbestandes liegen, ist für die Dolusfrage gleichgiltig, und zwar selbst dann, wenn derartige Umstände für die rechtliche Beurteilung sonst von Bedeutung sind. Dies gilt insbesondere für die Bedingungen der Strafbarkeit und die Prozeßvoraussetzungen (s. o. S. 84). So kommt es z. B. in den Fällen der §§ 102. 103 nicht darauf an, ob dem Thäter die Verbürgung der Gegenseitigkeit bekannt ist. Ferner: weiß im Falle der §§ 242. 247 der Thäter, daß die von ihm in rechtswidriger Zueignungsabsicht weggenommene Sache eine fremde ist, so wird damit der subjektive Thatbestand erfüllt; ein Irrtum über die Person des Eigentümers kommt ihm nicht zu gute. Daher ist der Sohn, der seinen Vater zu bestehlen glaubt, während er thatsächlich einen dritten bestiehlt, auch ohne Antrag verfolgbar. So auch E 4, 346. Aus dem gleichen Grunde gehört das Bewußtsein der Strafbarkeit nicht zum Vorsatze. Denn selbst wenn man in dem „Mit-Strafe-Bedrohtsein" einen Thatumstand sehen wollte, so wäre es doch keiner, der zum gesetzlichen Thatbestande gehört, sondern umgekehrt ein auf der Seite der Rechtsfolge liegender. Hierüber herrscht volles Einverständnis.

Aber sehr bestritten ist die Frage, ob das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (Normwidrigkeit, des Verbotenseins) zum Vorsatze gehört. Für die Bejahung bes. Binding, Normen 2, 499, Olsh. 30, Hälschner 1, 296, Hammerer, Der Einfluß des Rechtsirrtums auf die Bestrafung (1890), Ortloff, Die Strafbarkeitserkenntnis als Schuldvoraussetzung (1891), Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung (1898); auch einige Entscheidungen des RG's, z. B. E 2, 367. 21, 312. Für die Verneinung bes. v. Liszt § 41, Merkel 84, v. Bar GS 38, 252 ff., Heinemann, Bindingsche Schuldlehre (1889), derf., Ztschr. 13, 371 ff., auch die neuere Rechtsprechung des RG's, z. B. E 15, 158. 20, 393. Andere fordern das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit. So neuerdings Liepmann 130 ff., Kohlrausch, Die Lehre vom Rechtsirrtum (1902) 23 ff., M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung (1901) 114.

Die Ansicht, nach der das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Dolus gehört, stützt sich im wesentlichen auf die Bindingsche Normentheorie. Nur wenn man ihr beitritt, kann man die Rechtswidrigkeit überall als einen Teil des Thatbestands und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als zum Dolus gehörig ansehen. S. darüber Klee, Zur Lehre vom strafrechtlichen Vorsatz (1897) 2 ff. Schließt man sich dagegen der S. 10 vertretenen Auffassung an, so gelangt man grundsätzlich zu dem umgekehrten Ergebnis. Man kann dieses ausdrücken durch den Satz: Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist grundsätzlich ein Irrtum über die Rechtsfolgen und entschuldigt daher nicht. Wer z. B. ein Mädchen unter 16 Jahren zum Beischlafe verführt, wer kuppelt, wuchert, kann sich nicht mit Erfolg darauf berufen, daß er von der Rechtswidrigkeit dieser Handlungen nichts gewußt habe; denn die Berufung darauf wäre sachlich nur die unerhebliche Behauptung, daß er die Strafbarkeit der Handlung nicht gekannt habe.

Von dem Grundsatze abweichend, fordert die herrschende Lehre das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausnahmsweise dann, wenn die Rechts-

Digitized by Google

widrigkeit der Handlung in den Thatbestand des Delikts aufgenommen ist. So das RG in zahlreichen Urteilen, z. B. E. 19, 87 (Uebersicht über die einschlagende Rechtsprechung bei Kohlrausch a. a. O. 76 ff.). Indessen kann die Richtigkeit der herrschenden Lehre in der behaupteten Allgemeinheit nicht zugegeben werden. Vielmehr wird es nötig sein, bei jedem derartigen Delikte zu untersuchen, was „Rechtswidrigkeit" bedeutet. Wird damit das Zuwiderhandeln gegen ein subjektives Recht oder ein Rechtsverhältnis bezeichnet, so gilt das S. 99 a. E. Gesagte. Bedeutet dagegen „rechtswidrig" ein Zuwiderhandeln gegen das objektive Recht, so ist zu unterscheiden. Zunächst kann darin der Hinweis auf eine außerhalb des Strafgesetzes liegende Norm zu finden sein (s. S. 10). In diesem Falle gilt die allgemeine Regel, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Dolus gehört. Sodann aber kann durch das Wort „rechtswidrig" der Gedanke zum Ausdrucke kommen, daß beim Vorhandensein einer besonderen Befugnis die Rechtswidrigkeit entfällt. Da nicht angenommen werden kann, daß das Gesetz etwas Selbstverständliches sagt, so ist für diese Fälle zu behaupten, daß der Vorsatz durch die, wenn auch auf Rechtsirrtum beruhende, Annahme einer Befugnis ausgeschlossen wird.

II. Anwendung des Dolusbegriffs auf die einzelnen Thatbestandsmerkmale.

1. Der aufgestellte Dolusbegriff gilt sowohl für die gegenwärtigen wie für die zukünftigen Thatumstände.

a) Unter gegenwärtigen Thatumständen werden hier solche verstanden, die unabhängig von der Willensbethätigung vorliegen. Dahin gehören namentlich die rechtlich erheblichen Eigenschaften des Objekts. Deshalb kann von vorsätzlicher Tötung nur dann die Rede sein, wenn der Thäter weiß, daß sich die Handlung gerade gegen einen Menschen richtet; von vorsätzlicher Verführung (§ 182) nur dann, wenn er weiß, daß das Mädchen noch nicht 16 Jahre alt ist. Desgleichen gehören hierher die Verbrechensmittel, sofern sie ausnahmsweise in den gesetzlichen Thatbestand aufgenommen sind (z. B. Gift im § 229), nicht minder unter der gleichen Voraussetzung persönliche Eigenschaften des Thäters, z. B. Beamtenqualität bei den Amtsdelikten. E 23, 374. Persönliche Eigenschaften und Verhältnisse dagegen, die außerhalb des konkreten Thatbestands liegen, brauchen nicht vom Bewußtsein umfaßt zu werden. Gleichgiltig ist es, ob der Thäter weiß, daß er über 12 Jahre alt ist, oder nicht.

b) Unter zukünftigen Thatumständen werden hier diejenigen verstanden, welche durch die Handlung erst hervorgebracht werden, m. a. W. der Erfolg. Der Kenntnis der gegenwärtigen Thatumstände entspricht bei den zukünftigen die Vorstellung, daß sie als Folge der Handlung eintreten werden. Dies betont die sog. Vorstellungstheorie (Frank Ztschr. 10, 169 ff.), während die der äußeren Form nach herrschende Willenstheorie ein „Wollen des Erfolgs" fordert. Diese Wendung verleitet zu der falschen Anschauung, als hafte man nur für denjenigen Erfolg, den man erstrebt hat, dessen Herbeiführung m. a. W. den Antrieb zum Handeln, das Motiv, bildete. Thatsächlich aber herrscht jetzt Einstimmigkeit darüber, daß der Thäter auch denjenigen Erfolg vorsätzlich herbeiführt, dessen Eintritt er als die Folge seiner Handlung voraussah, selbst wenn er ihm unerwünscht, also kein erstrebter war. Wer z. B. eine Höllenmaschine auf ein Schiff bringt, damit dieses auf offener See zu Grunde gehe und so die Versicherungssumme gewonnen werde, haftet wegen vorsätzlicher Tötung der Besatzung, sofern er deren Tod als unvermeidlichen, wenn auch unerwünschten, Nebenerfolg seiner Handlung voraussah (Fall Thomas). Desgleichen haftet wegen vorsätzlichen Landesverrats, wer die Kriegsanleihe des feindlichen Staates zeichnet, auch wenn es ihm nicht um die Schädigung des Deutschen Reichs, sondern nur um den Kursgewinn zu thun ist. Vergl. ähnliche Fälle E 5, 314. 16, 363, 18, 167. Auf der gleichen Anschauung beruht die Praxis, welche bei Verbüßung einer Strafe für einen andern auf Grund des § 271 verurteilt; denn, was der Thäter erstrebt, ist doch sicherlich

Digitized by Google

nicht der Eintrag in das Gefangenenregister. Diesen allgemein anerkannten Umfang der Dolushaftung aber bringt man nicht zum Ausdruck, wenn man von einem „Wollen des Erfolgs" spricht. Denn teils ist der Sinn dieses Ausdrucks sehr schwankend (wie dies E 15, 12 zugiebt; vergl. auch Thyrén, Abhdlg. a. d. Strafrecht [Lund 1896] 2, 114. 115, Hauser GS 54, 1ff. 161ff., Frank a. a. O.), teils und überwiegend verwendet man ihn nur dann, wenn man den erstrebten Erfolg im Auge hat. Die Vorstellungstheorie hat sich aber gerade die Aufgabe gestellt, dem Umfange der Dolushaftung einen korrekten Ausdruck zu geben. Auf einem Mißverständnisse beruht es, wenn man gegen die Vorstellungstheorie einwendet, sie verlege das Schuldmoment aus dem Willen in die Vorstellung, also in eine rein rezeptive psychische Thätigkeit. Es fällt ihr gar nicht ein, den Willen zu eliminieren, sie sagt nur: der Thäter handelt schuldhaft, weil er seinen Willen bethätigte, obwohl er die Folgen seines Thuns voraussah. Auch die Behauptung trifft nicht zu, daß die Vorstellungstheorie für den Versuch nicht passe. Bezeichnend aber ist es, daß man den ganz unklaren Begriff des Willens erst durch den der Vorstellung erklären muß. So sagt Lucas, Die subjektive Verschuldung (1883) 13: „Gewollt ist jeder Erfolg, den sich der Thäter als solchen .... vorstellt", und Busch, Gefahr und Gefährdungsvorsatz (1897) 39 schließt sich dieser Fassung an, obwohl er einige Seiten vorher (33) die Vorstellungstheorie verworfen hat. Vergl. auch Loening 31. 33. Für die Vorstellungstheorie, außer Frank, Ztschr. 10, 169 ff., Bekker, Pandekten 2, 12, Endemann, §§ 112. 130, v. Lilienthal 15, 277, v. Liszt § 39, Kohler, Studien 1, 67 ff., Träger, Wille Determinismus, Strafe (1895), Klee, Zur Lehre v. strafrechtl. Vorsatz (1897). Sachlich übereinstimmend auch Löffler, Schuldformen, indem er S. 5 „Absichtlichkeit" und „Wissentlichkeit" scharf scheidet. Gegen die Vorstellungstheorie Beling 36, v. Buri GS 43, 241 ff., A. Horn, Arch. 43, 214 ff., Ortloff, Ztschr. 14, 161 ff., v. Hippel, Die Vorstellungstheorie i. d. Festgaben der Göttinger Jur.-Fak. f. Regelsberger (1901) 353 ff., M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung (1901) 137 ff. (der aber einen mehr vermittelnden Standpunkt vertritt), Sturm, Die strafrechtl. Verschuldung (1902). Wie v. Liszt § 39 mit Recht hervorhebt, hat auch v. Hippel als der entschiedenste Vertreter der Willenstheorie die Unklarheit des Willensbegriffs nicht zu beseitigen vermocht. Außerdem leiden seine Ausführungen unter einseitiger Betonung der logischen und psychologischen Gesichtspunkte, endlich giebt er dem Gegensatz der Theorieen, der im wesentlichen ein formaler ist (vergl. Frank, Ztschr. 10, 170 Mayer, a. a. O. 144), eine ihm gar nicht zukommende Bedeutung.

Wer sich darauf kapriziert, den Willen in den Vordergrund zu stellen, kann ruhig definieren: Dolus ist das Wollen einer Handlung trotz Kenntnis der . . . Thatumstände.

Ist das Delikt ein konkretes Gefährdungsdelikt (s. § 1 II a. E.), so gehört zum Dolus das Bewußtsein der Gefährdung (Gefährdungsvorsatz). Der Verletzungsvorsatz schließt stets den Gefährdungsvorsatz in sich, aber nicht dieser jenen. Der Gefährdungsvorsatz berührt sich mit dem dol. event. (s. u. III), unterscheidet sich aber von diesem dadurch, daß ihm das Moment der „Einwilligung in dem Erfolg" fehlt. Dagegen ist nach v. Bar, Ztschr. 18, 542 der dol. event. nur ein Gefährdungsvorsatz. Abweichend auch Busch, Gefahr und Gefährdungsvorsatz (1897). Bei den abstrakten Gefährdungsdelikten und den Polizeiübertretungen gehört zum Vorsatze nicht mehr, als dem Wortlaute des Gesetzes entspricht.

2. Der aufgestellte Dolusbegriff gilt sowohl für die positiven, wie für die negativen Thatumstände (vergl. S. 9. 10). Zum Dolus gehört also die Kenntnis der Abwesenheit negativer Thatumstände. Wer nicht weiß, daß er nicht angegriffen ist, sich also für angegriffen hält, steht genau demjenigen gleich, der nicht weiß, daß sich seine Handlung gegen einen Menschen richtet. Denn die irrtümliche

Digitized by Google

Annahme eines negativen Thatumstandes entspricht der irrtümlichen Nichtannahme eines positiven. Die irrtümliche Annahme eines Thatumstandes, dessen thatsächliches Vorliegen die Rechtswidrigkeit beseitigen würde schließt m. a. W. den Vorsatz aus. Im Ergebnis übereinstimmend die herrschende Lehre, z. B. Löffler in Grünhuts Ztschr. 20, 775, Merkel 82, E 6, 405. 19, 298. 21, 189. 33, 32. Abweichend v. Liszt § 41. Gegen diesen Frank, Ztschr. 14, 364. Zu betonen ist aber, daß der Irrtum ein solcher über Thatumstände sein muß (s. o. I) Wer glaubt, er sei gegenüber einem erst in der Zukunft drohenden Angriffe zur Notwehr berechtigt, befindet sich in einem nicht entschuldigenden Rechtsirrtum. Auch hier stimmt die herrschende Lehre überein. (Was Kohlrausch a. a. O. 59 ff. gegen meine Konstruktion ausführt, beruht teils auf Mißverständnissen, teils auf Verkennung der Thatsache, daß nur sie die herrschende Lehre gegen die Lisztsche Ansicht zu schützen vermag.)

Ganz nach demselben Gesichtspunkte ist aber auch die irrtümliche Annahme eines solchen Thatumstandes zu beurteilen, der, wenn er vorläge, die Strafbarkeit vermindern würde. Tötet die Mutter in oder gleich nach der Geburt ihr eheliches Kind in der Meinung, es sei ein uneheliches, so ist sie nicht wegen Mordes oder Totschlags, sondern wegen Kindestötung zu bestrafen. Abweichend für den analogen Fall des § 216 Binding, Normen 2, 513. S. aber Binding, Lehrb. 32 (analoge Anwendung des Gesetzes).

3. Der aufgestellte Dolusbegriff gilt endlich auch für solche Thatumstände, welche die Strafbarkeit erhöhen. Wer seinen Vater erschlägt, ohne zu wissen, daß sich seine Thätigkeit gerade gegen den Vater richtet, kann nur wegen einfachen Totschlags, nicht wegen Aszendententotschlags auf Grund des § 215 bestraft werden. Eine Ausnahme gilt lediglich bei den durch den Erfolg qualifizierten Delikten (vergl. § 1 II 2). Hier genügt der objektive Eintritt des schweren Erfolgs, sofern nur der Thatbestand des Grunddelikts schuldhaft herbeigeführt ist. Zur Bestrafung wegen schwerer Körperverletzung nach § 224 ist z. B. nur erforderlich, daß der Thäter die einfache Körperverletzung vorsätzlich begangen hat, und daraus, wenn auch ohne weiteres Verschulden, der schwere Erfolg hervorgegangen ist. Nicht einmal Fahrlässigkeit darf in Beziehung auf den schweren Erfolg verlangt werden. So die herrschende Lehre. Vergl. bes. Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts (1895) 256, E 5, 29. A. A. Binding 1, 366. Hälschner 1, 326. 2, 28. Vergl. auch Zeitler, Strafe ohne Schuld (1899).

III. **Bestimmte und unbestimmte Kenntnis der Thatumstände. Dolus determinatus und indeterminatus (eventualis).** — Zwischen dem bestimmten Kennen eines Thatumstandes und dem bestimmten Nichtkennen desselben giebt es eine Reihe von Übergangsformen. Bald urteilt der Handelnde: es ist sicher, daß dieser Umstand vorliegt oder eintritt — bald nur: es ist dieses oder jenes möglich. Hauptsächlich dieser Thatsache ist es zuzuschreiben, daß man in der Theorie verschiedene Grade des Dolus unterscheidet: den dolus determinatus (auch directus) und den dolus indeterminatus. Meist wird diese Unterscheidung wie die ganze Doluslehre einseitig auf die Vorausſicht oder das Wollen des Erfolges abgestellt. Daher nimmt man dol. determ. (auch dol. directus) dann an, wenn ein konkret bestimmter, dol. indeterm., wenn ein nur allgemein, generisch bestimmter Erfolg ins Auge gefaßt ist. (Dieser vor mir stehende Mensch — jeder Mensch, der etwa aus diesem Brunnen trinken sollte; Loening 33 fordert, daß sich der Vorsatz stets auf ein individuell bestimmtes Objekt beziehe.) Innerhalb des dol. indeterm. hebt man wieder den dol. alternativus und den dol. eventualis hervor. Dol. alternat. soll dann vorliegen, wenn die mehreren Erfolge als einander ausschließend gedacht werden, dol. eventual. dann, wenn der Thäter die Vorstellung hat, daß der eine sicher, der andere nur vielleicht eintreten werde. (Diesen oder einen andern wird es treffen — diesen wird es treffen, vielleicht auch noch den andern.) Sehr häufig aber spricht man von dol. event.

Digitized by Google

auch dann, wenn nur ein Erfolg in Frage steht, sein Eintritt aber nicht als sicher, sondern nur als möglich vorgestellt wird.

Von dem hier vertretenen Standpunkt aus, der die ganze Dolustehre nicht einseitig auf den Erfolg abstellt, sondern auf alle Thatumstände erstreckt, ist der Begriff des dol. event. in dem Sinne zu verstehen, daß irgend ein Thatumstand nicht sicher gewußt wurde. Er kann also namentlich auch bezüglich der relevanten Eigenschaften des Objekts vorliegen. Z. B.: der Thäter zweifelt über das Alter des zu verführenden Mädchens.

Es ist klar, daß ein derartiges Zweifeln, ein derartiges „Fürmöglichhalten" in vielen Fällen zum dolus genügt, ebenso sicher aber auch, daß es häufig nicht ausreicht und nur als Fahrlässigkeit erscheint. Der dol. event. bezeichnet also, man mag ihn fassen wie man will, die Übergangsform zur Fahrlässigkeit, und, eben weil er auf einem Grenzgebiete liegt, ist er außerordentlich umstritten. Thyrén hält in seiner II 1 b zitierten Abhandlung die Grenze überhaupt für prinzipiell nicht feststellbar.

Das RG hat in älteren Urteilen angenommen, daß das Gebiet des Zweifels schlechthin zum Dolus gehöre (E 10, 337. 12, 297, bes. 16, 363; vergl. Frank, Ztschr. 10, 226 ff.), mit Recht aber diese Ansicht seit E 21, 420 aufgegeben. In der That erscheint der dol. event. als die eigentümliche psychische Beziehung, bei der sich der Thäter sagt: mag es so oder anders sein, so oder anders werden, auf jeden Fall handle ich. Oder, anders ausgedrückt: wenn der Thäter auch bei bestimmter Kenntnis gehandelt hätte, so befand er sich in dolo. Man bezeichnet diese psychische Beziehung häufig als Einwilligung, Billigung, Einverständnis.

Sagt sich dagegen der Thäter: wüßte ich, daß es so sein oder so kommen sollte, so unterließe ich meine Handlung — so liegt dol. event. nicht vor und kann höchstens von Fahrlässigkeit die Rede sein. Oder m. a. W.: wenn der Thäter bei bestimmter Kenntnis nicht gehandelt hätte, so befand er sich nicht in dolo. E 21, 420 drückt dies etwa in folgender Weise aus: giebt sich der Thäter der Erwartung hin, daß der als möglich vorgestellte Umstand thatsächlich nicht vorliege, und handelt er in dieser Erwartung, so fehlt es an jedem Vorsatze. Ganz ähnlich und zum Teil in enger Anlehnung an die von mir vertretene Formulierung E 22, 55. 33, 4. Vergl. dazu die Formulierung M. E. Mayers a. a. O. 176.

Sicherlich bereitet die Erkenntnis dieses eigentümlichen Seelenzustandes große Schwierigkeiten. Man kann aber v. Bar, Ztschr. 18, 550 nicht zugeben, daß die hier geforderte Prüfung auf eine Prüfung der Persönlichkeit als solcher hinauslaufe; vielmehr handelt es sich um eine Prüfung der Wertschätzung, die sie ihrem konkreten Zwecke zu teil werden ließ. M. a. W.: die Frage kann nur dann im Sinne eines dol. event. beantwortet werden, wenn bestimmte Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß dem Thäter die Erreichung seines Zweckes höher stand, als die Vermeidung einer (objektiv gewürdigt) strafbaren Handlung.

Aus der gegebenen Formulierung folgt namentlich der Satz: sofern der Erfolg erstrebt ist, befindet sich der Thäter stets im Dolus, gleichgiltig, ob er sich seinen Eintritt als sicher oder nur als möglich vorgestellt hat. Wem es um die Tötung eines Menschen zu thun ist, der haftet je nach Umständen wegen versuchter oder vollendeter Tötung, auch wenn er es als sehr unsicher ansah, ob er ihn treffen würde. So besonders v. Bar, Ztschr. 18, 548 und v. Liszt § 39, der sich überhaupt meiner Formulierung völlig angeschlossen hat.

Aber auch in diesen wie in allen andern Fällen muß der Thäter den Erfolg als einen konkret möglichen erkannt haben. Es genügt nicht die Vorstellung, daß vielleicht Handlungen dieser Art einen gewissen Erfolg nach sich ziehen, sondern die Vorstellung muß gerade an die konkrete Natur des Einzelfalles anknüpfen. Wer jemanden zu einer Reise veranlaßt in der Hoffnung, daß er dabei verunglücken werde, handelt nicht dolos im Sinne des Strafrechts. Vergl. Loening 37.

Auf Antrag von Hamm hat der 21. Juristentag folgenden Beschluß gefaßt:

Der Erfolg einer Handlung, auf den der Wille des Thäters nicht direkt gerichtet

Digitized by Google

ist, der aber vom Thäter als möglich erkannt war, ist strafrechtlich dem Thäter als vorsätzlich von ihm verursacht anzurechnen, wenn er die That auch für den Fall wollte, daß sie diesen Erfolg haben würde.

Desgleichen ist der Thäter, der das Vorhandensein eines zum Thatbestand einer strafbaren Handlung gehörenden Merkmals nicht kannte, aber für möglich hielt, wegen vorsätzlicher Begehung der strafbaren Handlung zu verurteilen, wenn er die That auch für den Fall gewollt hat, daß dieses Thatbestandsmerkmal vorliegt (Verhdlg. **4**, 285).

Hiergegen bemerkt v. Bar GS **56**, 101 ff., die Frage sei gerade die, wann man sagen könne, daß der Erfolg trotz unsicherer Voraussicht gewollt sei. Jedenfalls zeigt diese Fragestellung, daß die Schwierigkeit einer Begriffsbestimmung des dol. event. nicht nur für die Vorstellungs-, sondern auch für die Willenstheorie besteht, und nicht mit Unrecht bezeichnet M. E. Mayer a. a. O. 147 den dol. event. als den Punkt, an welchem die (einseitige) Willenstheorie rettungslos scheitert.

Entbehrt kann der Begriff des dol. event. schon deshalb nicht werden, weil sich bei zunehmender Bildung und Erfahrung die Bestimmtheit des Urteils abschwächt. Vergl. Frank, Ztschr. **10**, 209, die Gutachten von Stenglein und v. Liszt i. d. Verhandlungen des 24. Juristentags 1. Bd. und Hamm, DJZ 1898 Nr. 18. 19. A. A. v. Bar Ztschr. **18**, 534 ff.

Es giebt allerdings Delikte, bei denen der dol. event. ausgeschlossen ist. Wo dies zutrifft, kann nur durch Auslegung im einzelnen ermittelt werden. Insbesondere gehören hierher die Fälle, in welchen das Gesetz ein Handeln „wider besseres Wissen" verlangt; z. B. §§ 164. 187. Ebenso die herrschende Lehre und E **18**, 88. **32**, 302. Weitergehend in der Ausschließung, Werner i. d. Verhdlg. des 24. Juristentags **4**, 280. Anderseits behauptet (nebenher) E **30**, 270, der dol. event. sei überall ausreichend, wo das Gesetz nicht eine bestimmte Absicht fordert.

IV. **Absicht und Zweck.** — In einzelnen Fällen fordert das Gesetz eine Verschuldung, die über den einfachen Dolus hinausgeht. Während es nämlich grundsätzlich genügt, wenn objektiver und subjektiver Thatbestand einander decken, das Bewußtsein also sich nicht weiter zu erstrecken braucht, als der objektive Thatbestand reicht, wird hier und da eine psychische Beziehung zu einem darüber hinausliegenden Momente gefordert. In derartigen Fällen gebraucht das Gesetz den Begriff der „Absicht" (z. B. §§ 242. 263) oder Wendungen wie „um zu" (z. B. §§ 87. 257), „zum Zwecke" (z. B. § 363). Hierdurch wird der **erstrebte Erfolg** bezeichnet, der vermittels des objektiven Thatbestandes verwirklicht werden soll. Das bedeutet aber folgendes:

1. Der Erfolg muß erstrebt sein heißt: er muß den Zweck des Handelns bilden in dem Sinne, daß der Thäter sich durch die Vorstellung des zu erreichenden Zweckes zum Handeln bestimmen läßt. Dem steht es nicht entgegen, wenn er ein noch weiter darüber hinaus liegendes Ziel verfolgt. Z. B. der Herr leistet dem Diener Beistand, um ihn der Strafe zu entziehen, damit er ihn dann noch als Diener behalten kann. Absicht und Zweck sind also nicht gleichbedeutend mit „Endzweck". Das wird allgemein zugegeben, deshalb aber ist es bedenklich, wenn man häufig Absicht und Zweck mit „Motiv" identifiziert (z. B. v. Liszt § 139). (Über den Begriff des Motivs bes. Liepmann 120, M. E. Mayer a. a. O. 43, Thomsen, Untersuchungen über den Begriff des Verbrechensmotives [1902]). Die Konkurrenz verschiedener Absichten oder Zwecke ist möglich. Wer einen andern in Bereicherungsabsicht durch Täuschung am Vermögen beschädigt, begeht Betrug, auch wenn er gleichzeitig handelt, um sich an der Schädigung zu erfreuen. Anderseits ist die bloße Vorstellung, daß der Erfolg eintreten werde oder könne, nicht ausreichend, vielmehr (der Nachweis) erforderlich, daß diese Vorstellung irgendwie bestimmend eingewirkt hat. Deshalb kann z. B. ein Gefangener, der mit der Anstaltskleidung durchgeht, grundsätzlich nicht wegen Diebstahls bestraft werden.

Mit der vertretenen Ansicht stimmen namentlich überein E **5**, 314. **11**, 380, bes.

Digitized by Google

E 16, 150. Dagegen tritt in einigen Urteilen, bes. E 24, 255. 27, 217, 241, die Meinung hervor, daß Absicht den dolus determinatus im Gegensatze zum dol. eventualis bezeichne. Dem kann indessen nicht beigetreten werden. Wo das Gesetz die Wendung „um zu" oder „zu dem Zwecke" gebraucht, ist die hier vertretene Auffassung meist nicht bestritten. Die §§ 234 ff. zeigen aber, daß es mit der ersteren Wendung den Begriff der Absicht promiscue verwertet.

2. Der Thäter muß sich vorstellen, daß der erstrebte Erfolg vermittels des objektiven Thatbestandes erreicht werde. Daher ist es kein Betrug, wenn jemand gegen Zahlung eine Gefängnisstrafe für einen andern verbüßt.

Selbstverständlich tritt in den besprochenen Fällen die Vollendung auch ohne Erreichung der Absicht ein. Ausnahmsweise aber (§§ 225. 266) gebraucht das Gesetz den Begriff der Absicht, ohne damit auf einen jenseits des objektiven Thatbestandes liegenden Erfolg hinzuweisen. Hier ist unter Absicht der dol. directus im Gegensatze zum dol. eventualis zu verstehen. Sehr bestritten! Übereinstimmend Günther, Die Hauptstadien der Entwickelung des Vergehens der Körperverletzung (1884) 175 (bezüglich des § 225); ähnlich E 27, 217. A. A. v. Liszt §§ 88, 135 (bei § 225 müsse der schwere Erfolg „bezweckt" sein, bei § 266 sei „absichtlich" einfach gleichbedeutend mit vorsätzlich), Olsh. 2 zu § 225 und 12 zu § 226 (es genüge dol. event.). Bezüglich des § 225 wie Olsh: Meyer 476, Thomsen, Über den Versuch usw. (1895) 142.

V. **Der Irrtum.** — Die Lehrbücher pflegen im Anschlusse an die Doluslehre die vom Irrtum zu behandeln. Irrtum im strengen Sinne des Worts (s. Olsh. 7) liegt nicht schon beim Mangel einer jeden Vorstellung, sondern nur beim Vorhandensein einer positiv falschen vor. Für das Gebiet der Doluslehre stehen indessen beide Fälle einander gleich, insofern jeder zur Nichtkenntnis eines zum gesetzlichen Thatbestand gehörenden oder die Strafbarkeit erhöhenden Thatumstandes führen kann. Aus dieser Erwägung ergiebt sich, daß der Irrtum in jedem Sinne nichts anderes bedeutet als die Verneinung des Dolus, und daß die ganze Irrtumslehre nur die Doluslehre vom negativen Standpunkte aus betrachtet ist. Ebenso Kohlrausch a. a. O. 7 ff. Immerhin empfiehlt es sich, einzelne Fragen gerade unter diesem Gesichtspunkte zu erörtern oder zusammenzufassen.

1. Der ausnahmslos geltende Grundsatz lautet: jeder Irrtum, der die Nichtkenntnis eines zum gesetzlichen Thatbestand gehörenden oder die Strafbarkeit erhöhenden Thatumstandes veranlaßt, schließt den Dolus aus. Dieser Irrtum kann zunächst ein Thatirrtum sein, zuweilen auch ein Rechtsirrtum, nämlich dann, wenn als Thatumstand ein subjektives Recht, ein Rechtsverhältnis oder eine sonstige rechtliche Beziehung in Betracht kommt. S. o. I Abs. 2. Zerstört jemand eine fremde Sache, so wird der Dolus der Sachbeschädigung nicht nur dann ausgeschlossen, wenn er sie mit einer eigenen verwechselt (Thatirrtum), sondern auch dann, wenn er sie zufolge eines Rechtsirrtums für eine eigene hält. Vergl. auch § 80 II. Regelmäßig sagt man, daß der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum dem Thatirrtum gleich stehe. Dieser Satz ist aber nur in dem hier vertretenen Sinne richtig, d. h.: der außerstrafrechtliche Rechsirrtum schließt den Dolus nur insofern aus, als er zur Nichtkenntnis eines Thatumstandes führt. Über nicht haltbare Anwendungen des Satzes s. u. 1a a. E. Man sagt ferner regelmäßig, daß der Strafrechtsirrtum den Dolus nicht beseitige. Auch dies ist nur mit einer Einschränkung richtig. Zutreffend wird dadurch hervorgehoben, daß der strafrechtliche Subsumtionsirrtum nicht zu beachten sei. S. 100 Abs. 1. Zutreffend wird ferner dadurch hervorgehoben, daß die irrtümliche Annahme, die Handlung sei nicht strafbar, den Dolus nicht beseitige. S. das. Abs. 2. Zutreffend wird endlich dadurch hervorgehoben, daß die irrtümliche Annahme der Erlaubtheit der Handlung (grundsätzlich) dem Vorsatz nicht entgegenstehe. S. das. Abs. 3. Wenn aber ausnahmsweise eine durch das Strafrecht geschaffene rechtliche Beziehung als Thatumstand erscheint, so kann auch

Digitized by Google

der strafrechtliche Irrtum den Dolus ausschließen. Dies gilt für § 257: „nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens". Näheres das.. Grundsätzlich gegen die Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum Kahn a. a. O. Vergl. auch Kohlrausch a. a. O. (mit umfassenden Belegen aus der Praxis) und v. Bülow, Arch. 45, 321 ff.

1a. Die irrtümliche Annahme einer speziellen Befugnis zum Handeln schließt den Dolus in zwei Fällen aus:

a) wenn sie zurückführbar ist auf einem Thatirrtum in dem Sinne, daß der Thäter meint, es liege ein solcher Thatumstand vor, der, wenn er vorläge die Rechtswidrigkeit beseitigen würde. Hierher gehört außer der oben II 2 besprochenen Putativnotwehr u. U. auch der unten 2 behandelte error in obiecto;

b) in den oben I a. E. hervorgehobenen Fällen.

Im übrigen kann die irrtümliche Annahme einer Befugnis nur bei der Strafzumessung in Betracht kommen. Wer den ertappten Dieb züchtigt, ist wegen vorsätzlicher Körperverletzung strafbar, auch wenn er glaubte, zur Züchtigung befugt zu sein. E 4, 98. Vergl. 33, 32. Wenn aber das RG auch bei Behandlung dieser Frage den außerstrafrechtlichen Irrtum dem Thatirrtum gleichstellt, so ist ihm nicht beizutreten. Auch versteht man in vielen Fällen nicht, warum gerade dieser Irrtum ein außerstrafrechtlicher, jener ein strafrechtlicher sein soll. Man vergleiche z. B. mit den soeben angeführten Urteilen die im Arch. 39, 331 und E 33, 71 mitgeteilten. Nach diesen letzteren soll die irrtümliche Meinung des Dienstherrn oder des Geistlichen, zur Züchtigung berechtigt zu sein, den Dolus ausschließen. S. auch E 27, 401.

In keinem dieser Fälle kommt es darauf an, ob der Irrtum verschuldet ist oder nicht, d. h.: der Dolus ist auch dann ausgeschlossen, wenn der Irrtum hätte vermieden werden können. Die Schuldhaftigkeit des Irrtums kommt lediglich für die Frage der Fahrlässigkeit in Betracht.

2. Von einem error in obiecto spricht man dann, wenn der Erfolg zwar an dem vom Thäter ins Auge gefaßten Objekte eingetreten, dieses aber ein gleichwertiges anderes ist, als der Thäter annahm. Z. B. A erschießt den X in der Meinung, es sei der Y. Oder: der Vater schlägt einen fremden Knaben in der Meinung, seinen eigenen Sohn zu züchtigen. Ein solcher Irrtum schließt den Dolus nur dann aus, wenn der Thäter unter der Voraussetzung der Richtigkeit seiner Annahme so hätte handeln dürfen, wie er gehandelt hat; also nur in dem zweiten der angeführten Beispiele. So die herrschende Lehre und E 18, 337. 19, 179.

3. Aberratio impetus seu ictus liegt dann vor, wenn der Erfolg nicht an dem ins Auge gefaßten, sondern an einem andern gleichwertigen Objekte eingetreten ist. Z. B. A schießt auf B, trifft aber den C. Die herrschende Lehre löst diesen Fall auf in versuchte Tötung gegenüber B und fahrlässige Tötung des C. E 2, 335. 3, 385. Richtiger aber dürfte es sein, mit der gemeinrechtlichen Theorie vorsätzliche Tötung des C anzunehmen. Ähnlich v. Liszt § 40.

4. Der Irrtum kann zwar die Strafbarkeit ausschließen oder vermindern, er kann sie aber niemals begründen. Das ist von Wichtigkeit für die Fälle des **Putativdelikts** oder **Wahnverbrechens**. Dieser Ausdruck wird, wenn auch nicht immer, so doch häufig, für zwei wesentlich verschiedene Fälle gebraucht:

a) der Thäter hat die Tragweite seiner Handlung in thatsächlicher Beziehung richtig erkannt, sie aber irrtümlich für strafbar gehalten. Z. B. widernatürliche Unzucht zwischen Frauenspersonen;

b) der Thäter hat irrtümlicherweise einen Thatumstand als gegeben angenommen, dessen thatsächliches Vorliegen die Strafbarkeit begründen würde. Z. B. A glaubt eine fremde Sache wegzunehmen, während er thatsächlich seine eigene wegnimmt. Vergl. § 43 II.

Mit diesen Fällen verwandt ist folgender. Der Thäter glaubt den Erfolg

Digitized by Google

herbeigeführt zu haben und nimmt nunmehr zu dessen Verdeckung eine Handlung vor, die aber erst ihrerseits für den Erfolg kausal ist. Z. B. A glaubt, B totgeschlagen zu haben, vergräbt den vermeintlichen Leichnam, B stirbt den Erstickungstod. In diesem vielbesprochenen Falle wird am richtigsten Mordversuch in Konkurrenz mit fahrlässiger Tötung anzunehmen sein. Dagegen nahm Weber auf Grund eines dolus generalis vorsätzliche Tötung an. Vergl. v. Liszt § 39, Olsh. 3 zu § 211.

5. Der sog. Verbrecherwahn bleibt unberücksichtigt, sofern er nicht die Anwendung des § 51 rechtfertigt. Von Verbrecherwahn spricht man dann, wenn jemand glaubt, zur Vornahme bestimmter Handlungen durch göttlichen Auftrag berufen zu sein.

VI. **Begriff der culpa oder Fahrlässigkeit.** — Während der erste Absatz des § 59 sich auf den Dolus bezieht, betrifft der zweite die Fahrlässigkeit. Eine Definition kann aus der Stelle unmittelbar nicht entnommen werden, sie besagt nur, daß auch die Fahrlässigkeit entfällt, wenn die Unkenntnis irgend eines Thatumstandes nicht zur Schuld angerechnet werden kann. Meist wird die Fahrlässigkeit als die schuldhafte Nicht-Voraussicht des Erfolges bestimmt in dem Sinne, daß Fahrlässigkeit vorliege, wenn zufolge eines vermeidbaren Irrtums der Eintritt des Erfolges nicht vorausgesehen wurde, wenn, anders ausgedrückt, der Erfolg nicht „gewollt" war, aber sein Eintritt bei gehöriger Aufmerksamkeit hätte vorausgesehen werden können. Diese Formulierung ist ebenso einseitig wie die, welche den Dolusbegriff lediglich auf den Erfolg abstellt und die übrigen Thatbestandsmerkmale außer acht läßt. In der That kann jemand auch fahrlässig handeln, obwohl er den Erfolg voraussieht, ihn „will", nämlich dann, wenn er ein sonstiges Thatbestandsmerkmal zufolge eines vermeidbaren Irrtums als nicht vorliegend ansieht. Wer z. B. eine isoliert stehende Hütte in Brand setzt, in der Meinung, sie sei seine eigene, macht sich höchstens der fahrlässigen Brandstiftung schuldig (§§ 308. 309). Auf Grund dieser Erwägung hat man zuweilen die Definition ausgedehnt, indem man etwa sagt: Fahrlässigkeit ist die schuldhafte Unkenntnis der zum gesetzlichen Thatbestande gehörigen Thatumstände (so die 2. Aufl. dieses Kommentars, ähnlich auch v. Liszt § 42). Hierdurch kommt richtig zum Ausdrucke, daß Fahrlässigkeit auch dann vorliegt, wenn der Thäter schuldhafterweise annahm, es sei ein negativer Thatumstand vorhanden, während er in Wahrheit fehlt. Wer den vermeintlichen Angreifer bewußtermaßen niederschlägt, kann gleichwohl wegen fahrlässiger Tötung verurteilt werden, nämlich dann, wenn er schuldhafterweise die Situation nicht erkannte. Ebenso ist der Lehrer der fahrlässigen Körperverletzung schuldig, wenn er den Schüler bewußtermaßen schlägt, dabei aber zufolge eines vermeidbaren Irrtums sein Züchtigungsrecht überschreitet. Im wesentlichen übereinstimmend R **9**, 686, E **21**, 189, Heinemann, Die Bindingsche Schuldlehre 142 ff. A. A. v. Lilienthal, Ztschr. **15**, 282 ff.

Indessen ist auch diese Definition zu eng. Allerdings ist der Fahrlässigkeit absolut wesentlich, daß der Thäter wenigstens einen Thatumstand nicht gekannt hat, aber das, was man dem Thäter zur Schuld anrechnet, kann auch etwas anderes sein als diese Unkenntnis. Hat z. B. ein Dachdecker durch einen losgelösten Ziegel einen Vorübergehenden getötet, so kann man es ihm vielleicht gar nicht zum Vorwurf machen, daß er diesen nicht rechtzeitig bemerkte. Was man ihm zum Vorwurfe macht, ist die unterlassene Absperrung der Straße. Demnach lautet die Definition: Fahrlässigkeit ist die bei Unkenntnis der zum gesetzlichen Thatbestande gehörigen Thatumstände vorhandene Schuld. Diese Schuld kann bestehen:

1. darin, daß der Thäter seine Aufmerksamkeit nicht in dem genügenden und von ihm zu erwartenden Maße angespannt hat, um die Thatumstände, besonders (wichtigster Fall) den Erfolg, zu erkennen. Welches Maß von Aufmerksamkeit erforderlich ist, wird teils durch die Rechtsordnung (z. B. Polizeiverordnungen, Reglements, Instruktionen) teils durch die Gepflogenheit des Lebens (z. B. innerhalb eines gewissen Berufs) bestimmt. Die Vernachlässigung dieser Aufmerksamkeit führt aber noch nicht ohne

Digitized by Google

weiteres zur Bejahung der Schuld. Vielmehr hängt diese weiter davon ab, daß auch von dieſem Thäter nach ſeinen individuellen Verhältniſſen dieſe Anſpannung der Aufmerkſamkeit erwartet werden durfte. Für dieſe individuelle Prüfung die herrſchende Lehre. Vergl. v. Liſzt § 42, Merkel 87, Olsh. 17, M. E. Mayer a. a. O. 119. A. A. Liepmann 144. Die herrſchende Lehre rechtfertigt ſich durch die Erwägung, daß über eine Schuld immer nur individuell entſchieden werden kann. — Übrigens ſind auch in objektiver Beziehung Polizeiverordnungen, Reglements u. dergl. nicht abſolut maßgebend. Die konkreten Verhältniſſe können vielmehr ſo liegen, daß ein höheres Maß von Sorgfalt erwartet werden muß oder daß die Vernachläſſigung einer derartigen Beſtimmung gar nicht in Betracht kommt, ſogar durch eine höhere Pflicht geboten iſt. E **20**, 190, v. Prittwitz Arch. **30**, 163; vergl. auch § 52 V a. E.;

2. darin, daß der Thäter in anderer Beziehung die erforderliche Vorſicht nicht in genügendem Maße angewendet, z. B. bei einer gefährliche Verrichtung keine Sicherungsmaßregeln getroffen hat Auch hier iſt die vorher angeführte Unterſcheidung von Wichtigkeit, d. h. zunächſt iſt objektiv zu prüfen, welches Maß von Vorſicht geboten iſt und ſodann, ob ſeine Aufwendung von dieſem Thäter erwartet werden kann. Vergl. E **30**, 25.

In welchem Augenblicke des Verhaltens die Schuld vorliegt, iſt gleichgiltig. Namentlich kann ſie ſchon darin gefunden werden, daß jemand eine Verrichtung übernimmt, der er nicht gewachſen iſt. Windſcheid-Kipp, Pandekten 449.

Über das Schuldmoment bei der Fahrläſſigkeit ſ. Sturm, Die ſtrafrechtl. Verſchuldung (1902) beſ. 36; vergl. auch M. E. Mayer a. a. O. 152. 154, Kohlrauſch a. a. O. 16, E **34**, 91. S. auch u. VII 1.

Auch für die Lehre von der Fahrläſſigkeit iſt es von Bedeutung, daß es zwiſchen dem Kennen und dem Nichtkennen eines Thatumſtandes Zwiſchenſtufen giebt. Der Umſtand, daß der Thäter z. B. an die Möglichkeit eines verletzenden Erfolges gedacht hat, erhebt ſein Verſchulden noch nicht zum Range einer vorſätzlichen (bewußte Fahrläſſigkeit, Frevelmut, luxuria im Gegenſatze zur unbewußten Fahrläſſigkeit, Nachläſſigkeit, negligentia). Vergl. oben III. Auch braucht die Fahrläſſigkeit keine ſpezialiſierte zu ſein (culpa determinata und indeterminata). Es kommt alſo nicht darauf an, ob es dem Thäter möglich war, die Verletzung gerade dieſes Menſchen vorauszuſehen. Endlich kann bei der Fahrläſſigkeit — wiederum wie beim Vorſatze — das Verſchulden ſich nur auf einen Teil des Thatbeſtandes erſtrecken und demgemäß auch nur Haftung für dieſen Teil eintreten, z. B. nur für die Körperverletzung, nicht für den durch dieſen verurſachten Tod. E **28**, 272. A. A. v. Liſzt § 42.

Einen Verſuch des fahrläſſigen Deliktes giebt es nicht. Es iſt deshalb möglich, daß von mehreren gleich ſchuldhaften Gebaren nur eines beſtraft iſt, weil nur eines einen ſchädigenden Erfolg nach ſich zieht. Einen Erſatz bieten hier zuweilen die Übertretungen als ſog. Ergänzungsdelikte, z. B. §§ 367 Nr. 6.

Wegen Fahrläſſigkeit mit Verletzung einer Berufspflicht ſ. §§ 222. 230

VII. **Verſchulden und Kauſalität.** — Wie ſich aus den Bemerkungen unter § 1 III ergiebt, ſteht der Umſtand, daß der Erfolg nur wegen Mitwirkung unvorherſehbarer Ereigniſſe eintritt, dem Kauſalzuſammenhange an ſich nicht entgegen. Es fragt ſich aber, ob und inwiefern in derartigen Fällen etwa das Verſchulden ausgeſchloſſen iſt.

1. Am leichteſten beantwortet ſich die Frage für das Gebiet der Fahrläſſigkeit; denn gehört zum Begriffe der Fahrläſſigkeit die Vorherſehbarkeit des Erfolges, ſo kann in Fällen der bezeichneten Art von Fahrläſſigkeit keine Rede ſein. Z. B. der fahrläſſigerweiſe Verletzte ſtirbt in der zu Heilungszwecken vorgenommenen Narkoſe. Hier liegt jedenfalls keine fahrläſſige Tötung vor. E **29**, 218. Vergl. E **34**, 91. Ebenſowenig, wenn der fahrläſſig Vergiftete infolge übermäßiger Brechmittel ſtirbt. Ein anderer Fall iſt der, daß der Arzt indifferente Mittel giebt und ſo den Fortſchritt des pathologiſchen Prozeſſes nicht hindert. Denn hier greift nicht etwa ein unvorhergeſehener

Digitized by Google

Umstand in den Kausalzusammenhang ein, sondern die erhoffte Ablenkung der Kausalität gelingt nicht.

2. Das für die Fahrlässigkeit Gesagte muß aber in entsprechender Weise auch für den Vorsatz gelten. Dafür spricht zunächst ein argumentum a minori ad maius: haftet der Thäter für einen Umstand nicht einmal unter dem Gesichtspunkte der Fahrlässigkeit, so kann er noch viel weniger unter dem Gesichtspunkte des Vorsatzes haften. Außerdem ist jede dolose Vorstellung gleichzeitig der Ausdruck eines Urteils über die Art und Weise, in der der Erfolg eintreten wird, herbeigeführt werden soll. Tritt er in einer wesentlich verschiedenen Weise ein, so hat sich jenes subjektive Urteil objektiv nicht bewährt und liegt daher nur Versuch vor. Z. B. der mit Tötungsvorsatz Verletzte wird im Lazarett vom Blitze erschlagen. Zweifelhafter ist folgender Fall: der Förster springt vor dem angeschlagenen Gewehr des Wilderers zur Seite, bricht aber den Hals. M. E. liegt auch hier nur Mordversuch vor. Vergl. über derartige Fälle bes. v. Liszt § 40.

Wegen der durch den Erfolg qualifizierten Delikte s. § 1 IV 2.

VIII. **Die große Mehrzahl der Delikte kann nur vorsätzlich begangen werden.** Namentlich wird in den ersten 28 Abschnitten des zweiten Teils fahrlässige Begehbarkeit grundsätzlich ausdrücklich hervorgehoben. Wegen der Polizeidelikte und der Übertretungen s. Vorbem. z. 29. Abschn. d. 2. Tls. Dagegen läßt sich bei der allgemeinen Fassung des § 59 nicht behaupten, daß es im Strafgesetzbuche selbst Delikte ohne jedes Verschulden gebe. Übereinstimmend Olsh. 9 u. 12, Rüd.-Stengl. 20, Binding, Normen 2, 616, E 2, 321. 21, 259, R 8, 446. Abweichend u. a. Oppenh.-Del. 9. 10 zum 29. Abschnitte. Das Prinzip der Erfolgshaftung ist von dem der Schuldhaftung (Löffler) verdrängt bis auf wenige Reste:

1. Es giebt außerhalb des Strafgesetzbuchs Delikte ohne jedes Verschulden, namentlich in Gesetzen fiskalischen Charakters. Z. B. Vereinszollges. v. 8./7 1869 § 127 Abs. 1. Vergl. E 7, 240. 14, 145. 21, 259. 30, 363.
2. Auch im StGB giebt es Delikte, die wenigstens kein volles Verschulden fordern. S. o. II (durch den Erfolg qualifizierter Delikte).

Die Frage, ob es der Landesgesetzgebung frei steht, Delikte ohne Verschulden aufzustellen, ist gemäß den Ausführungen zu EG § 2 IV zu verneinen. Vergl. Frank, Studien zum Polizeistrafrechte (Gießener Programm 1897). S. auch Zeitler, Strafe ohne Schuld (1899), Isaac, Ztschr. 21, 653 ff.

IX. Über **Verschulden bei Preßdelikten** vergl. v. Liszt § 43 und die dort angeführte Literatur.

§ 60.

Eine erlittene Untersuchungshaft kann bei Fällung des Urteils auf die erkannte Strafe ganz oder teilweise angerechnet werden.

I. Der Paragraph bezieht sich auf die vor der Urteilsfällung erlittene Untersuchungshaft und stellt deren Anrechnung in das Ermessen des Richters. Dagegen hat StPO § 482 die nach dem Urteile erlittene Untersuchungshaft im Auge und schreibt deren Anrechnung in gewissem Umfange unbedingt vor. Die vorliegende Stelle enthält eine Ermächtigung an den Richter, § 482 dagegen einen Befehl an die Vollstreckungsbehörde.

II. Der Richter hat in dem Tenor des Urteils zunächst die verwirkte Strafe ohne Berücksichtigung der Untersuchungshaft auszusprechen. Will er die Untersuchungshaft in Anrechnung bringen, so ist er namentlich an folgende Regeln gebunden:

1. Anrechenbar ist nur die in demselben Verfahren erlittene Untersuchungshaft. Hat das Verfahren mehrere Delikte betroffen, von welchen nur eines zur Verhängung der Untersuchungshaft Anlaß gegeben hat, so kann diese auf die wegen des andern erkannte Strafe angerechnet werden und zwar selbst dann, wenn wegen des ersteren

Digitized by Google

Freisprechung oder Einstellung des Verfahrens erfolgt ist. E 3, 264, R. 3, 126. Dagegen soll es nach E 30, 182 an der Einheit des Verfahrens fehlen, wenn dieses erst nach Verhängung der Untersuchungshaft auf ein neues Delikt ausgedehnt worden ist. Vergl. auch E 31, 244.

2. Die Anrechnung setzt Kommensurabilität der erkannten Strafen mit der Untersuchungshaft voraus. Sie kann also bei Todesstrafe, lebenslänglicher Freiheitsstrafe und Verweis nicht stattfinden. Wegen des Verweises a. A. Oppenh.-Del. 8. Ist die erkannte Strafe aber eine Geldstrafe, so ist die Kommensurabilität durch §§ 28. 29 gegeben. Man wird es aber dem Richter nicht freistellen dürfen, nur die subsidiäre Freiheitsstrafe für verbüßt zu erachten. Vergl. Olsh. 11.
3. Mit der herrschenden Lehre wird anzunehmen sein, daß eine längere Freiheitsstrafe niemals durch eine kürzere Untersuchungshaft für verbüßt erachtet werden darf. Im übrigen aber findet § 21 keine Anwendung, da die Untersuchungshaft keine Freiheitsstrafe ist. E 15, 143.
4. Bleibt nach Anrechnung der Untersuchungshaft Zuchthausstrafe unter einem Jahr übrig, so findet eine Umrechnung in Gefängnis nicht statt. Ebenso Olsh. 10, Oppenh.-Del. 13. A. A. Merkel in Holtzend. Handb. 4, 84 und die früheren Auflagen dieses Kommentars.

§ 61.

Eine Handlung, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, ist nicht zu verfolgen, wenn der zum Antrage Berechtigte es unterläßt, den Antrag binnen drei Monaten zu stellen. Diese Frist beginnt mit dem Tage, seit welchem der zum Antrage Berechtigte von der Handlung und von der Person des Thäters Kenntnis gehabt hat.

I. **Wesen und Einteilung der Antragsdelikte.** — Bei weitem die meisten Delikte sind Offizialdelikte, d. h. von der Staatsanwaltschaft zu verfolgen, sobald in thatsächlicher Beziehung die nötigen Anhaltspunkte vorliegen. Ausnahmsweise aber wird die Verfolgung von einem Antrage des Verletzten abhängig gemacht; daher Antragsdelikte Der innere Grund für die gesetzliche Aufstellung dieses Erfordernisses kann liegen:

1. darin, daß das Interesse des Staates an der Verfolgung besonders gering und dadurch bedingt ist, daß der Verletzte die Verletzung als eine der Sühne bedürftige empfinde (z. B. Beleidigung und leichte Körperverletzung);
2. in der Gefahr, daß die Verfolgung eines Delikts für den Verletzten (wegen Störung seiner Familien- oder sonstigen Verhältnisse) eine neue Verletzung bedeuten würde (z. B. Ehebruch).

Gegen die vertretene, in der Litteratur fast einstimmig anerkannte Auffassung des innern Wesens der Antragsdelikte Gerland, GS 57, 137 ff. Die Zahl der Antragsdelikte ist durch die Novelle vom 26./2 1876 erheblich vermindert worden. Sie zerfallen nach geltendem Rechte in absolute und relative. Absolutes Antragsdelikt ist ein Delikt dann, wenn seine Verfolgung unter allen Umständen von dem Antrag abhängig ist; relatives Antragsdelikt ist ein Delikt dann, wenn dies nur beim Obwalten gewisser näherer Beziehungen zwischen dem Thäter und dem Verletzten zutrifft. Z. B. Diebstahl, vergl. § 247.

II. **Der Antrag als Prozeßvoraussetzung.** — Nach der hier vertretenen und herrschenden, besonders durch den Wortlaut des § 61 und durch StPO § 259 gerechtfertigten Ansicht liegt die Bedeutung des Antrags auf prozessualem Gebiete. Der Antrag gehört namentlich nicht zum Thatbestande. Daher haben nicht die Geschworenen, sondern die Mitglieder des Schwurgerichtshofs über sein Vorliegen zu befinden. Daher ist ferner die Handlung eine „strafbare", obwohl der Antrag nicht oder noch nicht gestellt

Digitized by Google

ist. Z. B.: der Sohn bestiehlt den Vater und veräußert die gestohlene Sache an einen dritten weiter, der sie unter Kenntnis des Sachverhalts erwirbt. Hier ist der dritte nach § 259 strafbar, auch wenn der Vater keinen Strafantrag stellt. — Übereinstimmend die herrschende Lehre. Benn.-Bel. 224, Binding 1, 611, v. Kries 10, v. Liszt § 45, Oppenh.-Del. 2, Rüd.-Stengl, 3. E 2, 221. 6, 161, R 1, 614. Dagegen wird der Antrag in verschiedenen Formulierungen dem materiellen Rechte zugezählt von v. Bar Arch. 19, 645, v. Kirchenheim, Die rechtliche Natur der Antragsdelikte (1877) 65, Köhler, Die Lehre vom Strafantrag (1899) 13. Vermittelnde Ansichten vertreten Fuchs, Anklage und Antragsdelikte (1873) 33, Hälschner 1, 711, Meyer 293, Olsh. 1.

III. **Antragsberechtigt ist der durch die strafbare Handlung Verletzte** (§ 65). Wer verletzt ist, muß aus der Natur des betreffenden Delikts entnommen werden. Vergl. z. B. §§ 242. 247.

Da an einzelnen Stellen (§§ 195. 232) auch der mittelbar Verletzte als antragsberechtigt bezeichnet wird, so ergiebt sich, daß im übrigen nur der unmittelbar Verletzte den Antrag stellen kann, d. h. der Träger des Rechtsguts, gegen das sich das Delikt wendet. E 1, 370. 19, 250. Daher ist z. B. nicht antragsberechtigt, wer an der körperlichen Verletzung eines dritten Anstoß genommen hat. Zur Beseitigung von Zweifeln wird der Berechtigte hier und da ausdrücklich namhaft gemacht, z. B. §§ 102. 103. 182. 183.

IV. **Vertretung in der Antragstellung.** — Ist der Verletzte keine physische, sondern eine juristische Person, so wird der Strafantrag selbstverständlich von den sonst zur Vertretung berufenen Organen gestellt. Im übrigen ist zu unterscheiden:

1. Eine Vertretung in der Erklärung muß unbedingt zugelassen werden. Ob der Verletzte den Antrag schriftlich oder durch mündliche Erklärung seines beauftragten Sohnes eingehen läßt, ist rechtlich durchaus gleichgiltig.
2. Bei der Vertretung im Willen ist weiter zu unterscheiden:
   a) Eine Vertretung in dem Sinne, daß unabhängig von dem Verletzten eine andere Person ihren Willen in dem Antrage zum Ausdruck bringt (die „selbständige" Antragsberechtigung), findet nur in den Fällen gesetzlicher Vertretung statt. Außer den §§ 65. 195. 196. 232 gehören hierher wohl nur die Fälle des Patengef. § 12, des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen § 23 und des Konkursverwalters. Bezüglich des letzteren ebenso E 23, 344. 33, 433.
   b) Eine Vertretung in dem Sinne, daß an Stelle des Verletzten eine andere Person einen von ihm abgeleiteten Willen zum Ausdrucke bringt, ist dagegen allgemein zulässig. Allerdings muß der Strafantrag auf Verfolgung gerichteten Willen des Verletzten enthalten. Es ist aber möglich, daß auch ohne Spezialvollmacht kraft einer allgemeinen Vertretungsbefugnis der Wille des Vertreters als der des Vertretenen aufgefaßt werden kann. Ob dies der Fall, ist Frage der Auslegung. Im Zweifel sind bei Verletzung materieller Rechtsgüter der Generalbevollmächtigte, der Vermögensverwalter, der Prokurist zur Antragstellung zuzulassen. E 1, 387. 2, 145. 15, 144. 19, 7. Köhler (s. o. II) 63 ff., v. Liszt § 45, Olsh. 17. 18. Dagegen ist im Zweifel eine Stellvertretung unzulässig, wenn immaterielle und darum höchstpersönliche Rechtsgüter (z. B. die Ehre) verletzt sind (E 21, 231 will sie hier anscheinend ganz ausschließen), sowie dann, wenn das Antragsdelikt ein relatives ist oder wenn sich sonst aus den persönlichen Beziehungen zwischen dem Thäter und dem Verletzten Bedenken ergeben. E 1, 387. — Im Gegensatz zu der herrschenden Lehre wollen Berner 334, Binding 1, 652, Meyer 212 eine Stellvertretung im Willen nur gemäß § 65 zulassen.

V. Die **Frage nach der Vererblichkeit des Antragsrechts** muß, sofern es sich um die Verletzung eines immateriellen Rechtsguts handelt, mit der durchaus herrschenden Lehre schlechthin verneint werden. E 11, 53. Ist dagegen ein materielles Rechtsgut verletzt, so ist gegen die herrschende Lehre (Binding 1, 624, Oppenh.-Del. 7 zu § 65) in

Digitized by Google

Übereinstimmung mit v. Liszt § 45 der Erbe selbst für verletzt und darum für antragsberechtigt anzusehen. — Soweit man eine Vererbung des Antragsrechts zuläßt, findet wegen der Fristberechnung § 65 III entsprechende Anwendung.

VI. Über den **Inhalt des Antrags** fehlt es an näheren Bestimmungen. Es darf daher nicht mehr verlangt werden, als daß das Begehren eines strafrechtlichen Einschreitens wegen einer bestimmten Handlung zum erkennbaren Ausdruck gebracht werde. R 3, 130. 10, 606. Einzelnes:

1. Daß der Strafantrag als solcher bezeichnet werde, ist nicht erforderlich. Daher gilt auch die Privatklage und die Anschlußerklärung des Nebenklägers als Strafantrag. E 8, 207. Die Handlung muß individuell kenntlich gemacht werden. Unzulässig ist die Erstreckung der Strafverfolgung auf eine andere ebenfalls nur auf Antrag verfolgbare Handlung. E 26, 374.
2. Rechtliche Qualifizierung der Handlung ist dagegen nicht erforderlich und falsche schadet nichts. R 2, 432. 3, 130. E. 5, 97. 31, 168.
3. Was die Frage betrifft, ob im Antrage eine bestimmte zu verfolgende Person bezeichnet werden muß, so ist zu unterscheiden.
   a) Bei absoluten Antragsdelikten bedarf es einer solchen Bezeichnung nicht. Denn § 63 bringt zum Ausdrucke, daß sich der Strafantrag gegen die That als solche und alle daran Beteiligten richtet. Daher kann gegen die wirklich Beteiligten auf Grund eines Strafantrags vorgegangen werden, der sich gegen eine thatsächlich nicht beteiligte Person wendet. E 5, 268. 6, 212. 31, 168.
   b) Eine andere Behandlung erfordern die relativen Antragsdelikte. Denn da hier nähere Beziehungen respektiert werden, so muß der Strafantrag zum unverkennbaren Ausdruck bringen, daß sich die Verfolgung auch gegen die angehörige oder sonst in näheren Beziehungen zu dem Verletzten stehende Person richten solle. Dies kann auch in der Art geschehen, daß der Antragsteller erklärt, es solle jeder verfolgt werden, gleichgiltig, wer er sei. Binding 1, 655, Olsh. 43, Oppenh.-Del. 18, E 7, 35. 25, 176. 31, 168, R 8, 726.
4. Der in dem Strafantrage zum Ausdruck kommende Wille muß bestimmt sein. Dem können Zusätze und namentlich Bedingungen entgegenstehen. Nach E 14, 96 macht eine Suspensivbedingung den Strafantrag unwirksam, während eine Resolutivbedingung zu streichen ist. Ebenso Olsh. 45, Oppenh.-Del. 23. Meist wird jeder bedingte Antrag für ungiltig erklärt, so z. B. Meyer 310. Vergl. auch Binding 1, 656, Hälschner 1, 717, die nur bestimmte Bedingungen gestatten wollen. Richtig dürfte folgendes sein. Auf einen bedingten Strafantrag hin darf während des Schwebens der Bedingung keine Verfolgung eingeleitet werden. Erstattet jedoch der Antragsteller innerhalb der Antragsfrist die Anzeige, daß die Bedingung erfüllt sei, so steht nunmehr der Verfolgung nichts im Wege. — Eine rechtlich unmögliche Bedingung kann nicht erfüllt werden und macht daher den Strafantrag unwirksam. — Ob eine dem Antrage hinzugefügte Erklärung überhaupt als Bedingung aufzufassen ist, ist Auslegungsfrage. Eingehend darüber Köhler (s. o. II) 108 ff.

VII. **Über die Form des Strafantrags und die Stelle, bei der er anzubringen ist,** bestimmen:

1. StPO § 156 Abs. 2: „Bei strafbaren Handlungen, deren Verfolgung nur auf Antrag eintritt, muß der Antrag bei einem Gerichte oder der Staatsanwaltschaft schriftlich oder zu Protokoll, bei einer anderen Behörde schriftlich angebracht werden." Dabei sind unter der „andern Behörde" die Behörden des Polizei- und Sicherheitsdienstes zu verstehen. S. das. Abs. 1.
2. MStGO § 151: „. . . . Anträge auf Strafverfolgung gegen Personen, welche der Militärstrafgerichtsbarkeit unterstehen, sind von Personen des Soldatenstandes des aktiven Heeres und der aktiven Marine auf dem Dienstwege, von Militärbeamten bei der vorgesetzten Dienstbehörde des Beschuldigten anzubringen. — Für die Anbringung

Digitized by Google

solcher Anzeigen und Anträge durch andere als die im Absatz 1 bezeichneten Personen sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechts maßgebend. Es genügt auch das Anbringen bei der vorgesetzten Dienstbehörde des Beschuldigten." Vergl. dazu Allerh. Bestimmungen v. 28./12 1899.

VIII. **Das Antragsrecht ist befristet.** Es erlischt binnen drei Monaten, die aber nicht etwa vom Tage der begangenen Handlung, sondern von dem Augenblicke an zu berechnen sind, da der Antragsberechtigte Kenntnis von Handlung und Thäter erlangt hat. Einzelnes:

1. Zu der Handlung im Sinne dieser Stelle gehört auch der Erfolg. Denn der Gedanke ist der, daß die Antragsfrist erst dann beginnen soll, wenn der Verletzte die Tragweite des Delikts und seine Richtung gegen ein Rechtsgut kennt, zu dessen Schutze er berufen ist, er z. B. weiß, daß sich die Beleidigung gerade auf ihn bezieht.
2. Insofern der Richter die Möglichkeit hat, eine Mehrheit von Handlungen zu einem fortgesetzten Verbrechen zusammenzufassen (§ 74), beginnt die Antragspflicht für alle Handlungen erst mit der Kenntnis der letzten zu laufen. E 15, 370. Benn.-Bel. 234. Dafür, daß bei dieser Frage an der Einheitlichkeit des fortgesetzten Delikts festzuhalten ist, spricht dieselbe Erwägung wie bei 1.
3. Der Begriff des Thäters muß hier im technischen Sinne genommen werden. Dies ist um so gewisser, als der mit der vorliegenden Stelle unmittelbar zusammenhängende § 63 Thäter und Theilnehmer einander gegenüberstellt. Die Antragsfrist beginnt also noch nicht, wenn der Verletzte nur etwa den Gehilfen oder den Anstifter kennt. A. A. die herrschende Lehre (z. B. Köhler [s. o. II] 85, auch E 9, 390), nach welcher die Antragsfrist beginnt, sobald nur irgend ein Beteiligter bekannt ist. Im Ergebnis übereinstimmend nur Reber, Die Antragsdelikte (1873) 470. (Allerdings nimmt auch die herrschende Lehre an, daß die Antragsfrist nicht laufen kann, bevor die Hauptthat begangen wurde. E 25, 106.) Vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung aus hat die Frage, wie der Anfang der Frist bei sukzessiver Kenntnisnahme der Beteiligten bestimmt sei, nur dann Bedeutung, wenn es sich um mehrere Mitthäter handelt. E 9, 390 leitet aus der Unteilbarkeit des Antrags (§ 63) den Satz ab, daß der Zeitpunkt der ersten Kenntnisnahme entscheide. A. A. Binding 1, 639, Meyer 307, nach welchen die späteste Kenntnisnahme maßgebend ist, während Benn.-Bel. 235 die Frist gegenüber jedem separat berechnen. Bei relativen Antragsdelikten ist für den Beginn des Fristenlaufs der Augenblick maßgebend, an welchem der Antragsberechtigte zuerst Kenntnis von der Beteiligung derjenigen Person erhält, deren Verfolgung durch einen Strafantrag bedingt ist. Ebenso Olsh. 2 zu § 63.
4. Wenn das Gesetz den Beginn des Fristenlaufes von dem Tage an berechnet, an welchem der Thäter gekannt wird, so hat dies nicht den Sinn, als wäre vorher die Antragstellung unzulässig, sondern nur den, daß dem Antragsberechtigten die Möglichkeit gegeben sein soll, seine Entscheidung von der Person des Thäters abhängig zu machen. Deshalb liegt Kenntnisnahme dann vor, wenn der Thäter dem Antragsberechtigten als eine bestimmte Person bekannt ist, d. h. als eine solche, die er zu bezeichnen vermag und deren Beziehungen zu ihm selbst bekannt sind. Kenntnis des Namens ist nicht erforderlich. Hat der Berechtigte eine bestimmte Gelegenheit, bei der er sich über die Person des Thäters hätte orientieren können, versäumt, so beginnt darum der Fristenlauf für ihn nicht früher. E 27, 34.
5. Die Antragsfrist ist keine Frist im Prozesse, daher auch keine Prozeßfrist und demgemäß nicht nach den Vorschriften der StPO zu berechnen. Sie läuft ab mit dem Beginne des Tags, der durch seine Bezeichnung dem Anfangstermin entspricht. Z. B.: Kenntnisnahme am 22./9, Ende: Mitternacht vom 21. auf den 22./12

Digitized by Google

E 1, 40. Weil die Antragsfrist keine Prozeßfrist ist, findet Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ihre Versäumung nicht statt.

6. Die Antragsfrist ist gewahrt, wenn vor ihrem Ablauf der Strafantrag in der durch StPO § 156 und MStGO § 151 vorgeschriebenen Form bei einer der daselbst bezeichneten Stellen eingelaufen ist. Andernfalls ist die Antragsfrist versäumt (§ 62). Konnte der Antragsberechtigte wegen thatsächlicher oder rechtlicher Verhinderung (man denke an eine Körperverletzung auf einer Seereise oder an Gerichtsstillstand) die Frist nicht wahrnehmen, so erscheint es mit Olsh. 50—52, hanseat. OLG 4, Köhler, Strafantrag 97 vernünftig, eine Versäumung noch nicht anzunehmen, die Frist mithin als tempus utile zu behandeln. A. A. die herrschende Lehre.
7. Daß die Antragsfrist gewahrt sei, muß feststehen, bevor das Gericht zu einem Sachurteile schreitet. Kann die Einhaltung der Frist nicht mit Bestimmtheit bejaht werden, so ist das Verfahren einzustellen, die Beweislast ruht somit auf der Staatsanwaltschaft. E 11, 397. 12, 34, Olsh. 37, Oppenh.-Del. 33.
8. Die Antragsfrist ist von der Verjährung durchaus unabhängig. S. § 69 Abs. 2. Selbstverständlich ist aber ein nach Eintritt der Verjährung gestellter Strafantrag wirkungslos.
9. An Stelle der hier bestimmten Antragsfrist tritt eine andere in den Fällen der §§ 198. 232, StPO § 428, Seemannsordnung § 96.
10. Hat das Strafverfahren ohne Antrag begonnen (weil man das Delikt für ein Offizialdelikt hielt), so wird es durch rechtzeitig gestellten Antrag rückwärts legalisiert. Benn.-Bel. 231, E 5, 270. 9, 83.

IX. **Verzicht auf den Strafantrag.** — Ist der Antrag form- und fristgerecht von der dazu befugten Person gestellt, so ist die Staatsanwaltschaft zur Übernahme der Verfolgung berechtigt und regelmäßig auch verpflichtet. Der Umstand, daß der Antrag trotz Verzichts oder Verzeihung gestellt wurde, berührt weder den Staatsanwalt noch den Strafrichter. E 3, 221. Über wirksame Zurücknahme des Strafantrags s. § 64. Ein vor dem Delikte erklärter Verzicht auf den Antrag ist unter dem Gesichtspunkte der Einwilligung des Verletzten zu betrachten.

X. Über die dem Antrage nahe verwandte Ermächtigung s. § 99.

XI. Über die Bedeutung des Antrags für das objektive Verfahren s. § 42 I

XII. Die Verfolgung militärischer Verbrechen oder Vergehen ist stets unabhängig von einem voraufgehenden Strafantrage. MStGB § 51. Diese Bestimmung bezieht sich auch auf die sog. militärisch qualifizierten Delikte. Vergl. außerdem MStGB § 127.

§ 62.

Wenn von mehreren zum Antrage Berechtigten einer die dreimonatliche Frist versäumt, so wird hierdurch das Recht der übrigen nicht ausgeschlossen.

I. In einzelnen Fällen sind **mehrere Personen antragsberechtigt**, sei es, weil die Handlung mehrere verletzte, sei es, daß die Mehrheit der Antragsberechtigten sich aus den §§ 65. 182. 195. 196. 232 ergiebt. Überall berechnet sich die Antragsfrist für jeden Berechtigten besonders, und zwar von dem Augenblicke an, in welchem gerade er Kenntnis von der That und dem Thäter erlangt hat.

II. Ein ganz anderer Fall ist der, daß nachträglich eine andere Person als antragsberechtigt eintritt. Hierüber s. § 65 IV.

§ 63.

Der Antrag kann nicht geteilt werden. Das gerichtliche Verfahren findet gegen sämtliche an der Handlung Beteiligte (Thäter und Teilnehmer),

Digitized by Google

sowie gegen den Begünstiger statt, auch wenn nur gegen eine dieser Personen auf Bestrafung angetragen worden ist.

I. **Unteilbarkeit des Strafantrags.** — Sind an einem Delikte mehrere Personen als Mitthäter, Anstifter, Gehilfen oder auch als Begünstiger beteiligt, so soll es nicht im Belieben des Antragsberechtigten stehen, eine Verfolgung gegen die eine zu veranlassen, gegen die andere aber nicht. Entweder muß die Bestrafung der sämtlichen Beteiligten beantragt werden oder die keines einzigen. Dies der Sinn der sog. Unteilbarkeit des Strafantrags. Das Gesetz spezialisiert diesen Grundsatz dahin, daß es den gegen *einen* Beteiligten gerichteten Strafantrag auf *alle* erstreckt.

II. **Konsequenzen der Unteilbarkeit.** — Die wesentlichen Konsequenzen des § 63 sind bereits zu § 61 VI 3 und VIII 3 dargelegt worden. S. auch § 64 III und IV. Hier ist nur noch folgendes zu bemerken:

1. Hat die Beschränkung des Antrags auf einzelne der beteiligten Personen den Sinn, daß die Nichtverfolgung der übrigen als *Bedingung* erscheint, so liegt eine rechtlich unmögliche Bedingung vor, die den ganzen Antrag ungiltig macht. Vergl. § 61 VI 4.
2. Wegen der *relativen Antragsdelikte* s. § 61 VI 3. Richtet sich bei ihnen der Strafantrag nur gegen *eine* der Personen, deren Verfolgung von einem Antrage abhängig ist, so gilt bezüglich der übrigen der in der vorliegenden Stelle ausgesprochene Grundsatz. E 17, 246, Olsh. 3, Benn.-Bel. 231, Oppenh.-Del. 4.
3. Erhebt die Staatsanwaltschaft trotz § 63 die öffentliche oder der Verletzte die Privatklage nur gegen *eine* der beteiligten Personen, so steht dem Gerichte kein Mittel zur Durchführung des § 63 zur Seite.

§ 64.

Die Zurücknahme des Antrages ist nur in den gesetzlich besonders vorgesehenen Fällen und nur bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zulässig.

Die rechtzeitige Zurücknahme des Antrages gegen eine der vorbezeichneten Personen hat die Einstellung des Verfahrens auch gegen die anderen zur Folge.

I. **Zulässigkeit der Zurücknahme des Strafantrags im allgemeinen.** — Vor der Novelle v. 26./2 1876 war die Zurücknahme des Antrags nur zeitlich, aber nicht sachlich beschränkt. Das heißt: die Zurücknahme konnte bei allen Delikten, aber nur bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils erfolgen. Seit der Novelle dagegen ist die Beschränkung sachlich und zeitlich.

1. *Sachlich* ist die Zurücknahme nur statthaft in den Fällen, in welchen sie ausdrücklich zugelassen ist. §§ 102—104. 194. 247. 263. 292. 370; mit Beschränkung auf die Angehörigen auch §§ 232. 303. Konkurrieren mehrere Antragsdelikte (sei es ideell, sei es reell), von denen nur eines die Zurücknahme des Antrags gestattet, so bleibt das andere trotz Zurücknahme verfolgbar. E 32, 280.
2. *Zeitlich* ist die Zurücknahme nur statthaft bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden *Urteils* (dem ein Strafbefehl usw. nicht gleichsteht; vergl. Olsh. 6). Dabei ist es gleichgiltig, ob das Urteil mit Recht ergangen ist oder nicht, ob es in höherer Instanz bestehen bleibt oder aufgehoben wird. E 2, 420. Wegen der Zurücknahme der Privatklage s. u. II 2. Eine Abweichung von der regelmäßigen Frist zur Zurücknahme s. Seemannsordnung § 96.

II. **Subjektive Befugnis zur Zurücknahme. Form und Inhalt der Zurücknahmeerklärung.** — In diesen Beziehungen fehlt es an ausdrücklichen Vorschriften.

Digitized by Google

1. Als befugt zur Zurücknahme kann grundsätzlich nur diejenige Person angesehen werden, welche den Strafantrag gestellt hat, insbesondere nicht deren Erbe oder amtlich Vorgesetzter. Eine Stellvertretung ist aber nach denselben Grundsätzen zuzulassen, wie bei der Anbringung des Antrags. S. § 61 IV 1. Hat der Verletzte den Antrag selbst gestellt, so wird man eine Vertretung im Willen bei der Zurücknahme nur unter ganz besonders schweren Voraussetzungen, nämlich dann zulassen dürfen, wenn sich die Befugnis dazu zweifellos ergiebt. War der den Strafantrag stellende Vertreter ein Vertreter im Willen, so wird man ihm das Recht der Zurücknahme zugestehen müssen, falls seine Vertretungsbefugnis noch fortdauert und sich nicht aus dem Inhalte der Vollmacht Bedenken ergeben. Unter der gleichen Voraussetzung kann der spätere Vertreter den von seinem Vorgänger gestellten Antrag zurücknehmen, ganz allgemein aber der Vertretene selbst den von dem Vertreter gestellten (es sei denn, daß der letztere ein „selbständiges" Antragsrecht hatte und die Vertretungsbefugnis noch fortdauert; vergl. § 61 IV 2a).
2. Ihrem Inhalte nach muß die Zurücknahme ergeben, daß die Verfolgung nicht gewollt werde. Dieser Wille kann erklärt werden durch ausdrückliche Zurücknahme des früher gestellten Antrages oder in jeder andern Weise. Über Vorbehalte und Bedingungen gilt das zu § 61 VI 4 Ausgeführte in entsprechender Weise. S. auch unten III. Wie oben (§ 61 VI 1) gesagt wurde, gilt die Privatklage als Antrag. Die Privatklage aber kann nach StPO § 431 bis zur Verkündung des Urteils zweiter Instanz zurückgenommen werden. Da der Antrag nur bis zur Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils zurücknehmbar ist, so kann die später erfolgte Zurücknahme der Privatklage nicht als Zurücknahme des in der Privatklage liegenden Strafantrages angesehen werden und ist daher nachträgliche Offizialverfolgung von seiten der Staatsanwaltschaft statthaft. E 8, 207. 19, 284. Eine andere Frage ist die, ob in der Zurücknahme der Privatklage zu einer Zeit, in der auch der Strafantrag noch zurückgenommen werden kann, mithin vor der Verkündung eines auf Strafe lautenden Urteils, eine Zurücknahme des Antrages zu finden ist. Sicher ist, daß trotz Zurücknahme der Privatklage der Wille auf Bestrafung und damit auch der Antrag bestehen bleiben kann; so, wenn die Zurücknahme nur erfolgt, um das Kostenrisiko zu vermeiden. Im Zweifel ist aber in der ausdrücklichen (nicht bloß fingierten, vergl. StPO § 431 Abs. 2) Zurückziehung der Privatklage auch die des Strafantrags zu finden. Nur diese Auslegung und nicht die umgekehrte von Olsh. 21 vertretene wird in den meisten Fällen dem wahren Willen des Verletzten entsprechen. — Hälschner 1, 720, Binding 1, 650 nehmen an, daß in der Zurücknahme der Privatklage stets die Zurücknahme des Antrags liege.
3. Die Form der Zurücknahme ist gleichgiltig. Die für die Anbringung des Antrages vorgeschriebenen Formen gelten hier nicht. E 8, 79. A. A. Rüb.-Stengl. 5.
4. Dagegen muß angenommen werden, daß der Antrag nur an denselben Stellen zurückgezogen werden kann, an denen gemäß StPO § 156, MStGO § 151 seine Anbringung zugelassen ist. Ebenso Rüb.-Stengl. 5, Köhler, Die Lehre vom Strafantrag (1899) 157, während Olsh. 9 nach der Eröffnung des Hauptverfahrens die Zurücknahme nur beim Gericht der Hauptsache für wirksam erachtet. Vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung aus ergiebt sich freilich die Möglichkeit, daß das Gericht in Unkenntnis der Zurücknahme zur Sache urteilt. Im schlimmsten Falle muß die Wiederaufnahme des Verfahrens helfen. Manche wollen diese nicht zulassen. Jedoch sind die in E 20, 46 dargelegten Gesichtspunkte bei einer analogen Ausdehnung der StPO § 399 Nr. 5 auf die Fälle der Einstellung wohl zu verwerten.

III. **Bei den Folgen der Zurücknahme des Antrags tritt das Prinzip der Unteilbarkeit** (§ 63) **zu Tage:** wird der Antrag auch nur gegen eine der „vorbezeichneten" d. h. im § 63 genannten Personen rechtzeitig zurückgenommen, so ist das Verfahren gegenüber allen einzustellen. (Rechtzeitige Zurücknahme ist aber nicht mehr möglich, nachdem auch

Digitized by Google

nur gegen einen der Beteiligten ein auf Strafe lautendes Urteil verkündet ist.) Das Gleiche gilt, wenn der Antrag oder die Zurücknahme nicht auf eine bestimmte Person gerichtet werden. Wird dagegen der Antrag gegen eine Person zurückgenommen, die sich als unbeteiligt herausgestellt hat, so ist die Wirkung der Zurücknahme abhängig von der Auslegung. Ist der Sinn der Zurücknahme der, daß der X selbst für den Fall seiner Beteiligung nicht bestraft werden solle, so ist das Verfahren gegen alle einzustellen. Anders, wenn X eben seiner Unschuld wegen unbelästigt bleiben soll. In diesem letzten Falle, der allerdings im Zweifel nicht vorliegt, ist der Antrag überhaupt nicht zurückgenommen. Olsh. 16 ist der Ansicht, daß die Zurücknahme gegen einen Beiteiligten unter allen Umständen die Einstellung des Verfahrens gegen alle zur Folge habe. — Kostenpflicht des zurücktretenden Antragstellers StPO § 502, MStGB § 471.

IV. **Der in Abs. 2 ausgesprochene Satz erleidet zwei Ausnahmen:**

1. Bei relativen Antragsdelikten hat die Zurücknahme des Antrags nur Wirkung auf diejenigen Personen, deren Verfolgung überhaupt von einem Antrage abhängig ist. Die anderen sind von Amts wegen weiter zu verfolgen. E 5, 274.
2. Ist die Zurücknahme nur gegenüber einzelnen Beteiligten möglich (§§ 232. 303), so hindert sie nicht die Verfolgung der übrigen.

V. **Widerruf der Zurücknahme.** — Die Frage, ob die Zurücknahme des Antrags widerrufen werden kann, wird von der herrschenden Lehre und der Praxis mit Recht verneint. Es ist indessen nicht abzusehen, weshalb nicht nach erfolgter Zurücknahme ein form- und fristgerechter neuer Antrag wirksam sollte gestellt werden können.

§ 65.

Der Verletzte, welcher das achtzehnte Lebensjahr vollendet hat, ist selbständig zu dem Antrage auf Bestrafung berechtigt. So lange er minderjährig ist, hat unabhängig von seiner eigenen Befugnis auch sein gesetzlicher Vertreter das Recht, den Antrag zu stellen.

Ist der Verletzte geschäftsunfähig oder hat er das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet, so ist sein gesetzlicher Vertreter der zur Stellung des Antrages Berechtigte.

I. Die Stelle, deren gegenwärtige Fassung auf EG z. BGB Art. 34 III beruht, setzt das Alter der **Antragsmündigkeit** auf das vollendete achtzehnte Lebensjahr fest. Von Bedeutung sind folgende Altersstufen:

1. vor vollendetem 18. Lebensjahr kann der Verletzte den Strafantrag nich stellen, sondern nur sein gesetzlicher Vertreter;
2. zwischen dem vollendeten 18. und 21. Lebensjahr des Verletzten können ihn beide stellen;
3. mit dem vollendeten 21. Lebensjahr des Verletzten fällt der gesetzliche Vertreter und damit auch dessen Antragsbefugnis weg. Ist jedoch der Verletzte geschäftsunfähig (BGB § 104), so ist nicht er, sondern ausschließlich sein gesetzlicher Vertreter antragsberechtigt.

Wegen der Berechnung des Lebensalters vergl. BGB §§ 187. 188. Maßgebend für die Antragsberechtigung ist übrigens nicht der Augenblick, in dem das Delikt begangen wird, sondern der der thatsächlichen Erklärung des Antrags.

Überall, namentlich auch in dem unter 2 hervorgehobenen Falle, ist das Antragsrecht des gesetzlichen Vertreters ein selbständiges. Vergl. §§ 61 IV 2 a, 64 II 1. Es erlischt mit der Vertretungsbefugnis, also auch mit dem Tode des Vertretenen. Ebenso Meyer 304, Olsh. 15, E 4, 145. A. A. Binding 1, 630, E 13, 115 (bezüglich § 232).

II. **Die Person des gesetzlichen Vertreters bestimmt sich nach bürgerlichem Recht.**

Digitized by Google

Gesetzliche Vertreter können hiernach sein: der Vater oder die Mutter als Inhaber der elterlichen Gewalt (BGB §§ 1626. 1684. 1698), ferner der Vormund über Minderjährige (BGB § 1793) und der Vormund über Geisteskranke (BGB §§ 104 Nr. 3. 1897), endlich der vorläufig bestellte Vormund bezw. der Pfleger (BGB §§ 1906. 1909. 1915). Dagegen sind nicht gesetzliche Vertreter: der Beistand der Mutter (BGB §§ 1687. 1689), der Gegenvormund (BGB § 1799) und die uneheliche Mutter (BGB § 1707).

Ist der gesetzliche Vertreter selbst an dem Delikte beteiligt, so kann das Vormundschaftsgericht gemäß BGB §§ 1630. 1686. 1796. 1897. 1909 einen Pfleger bestellen, der auf Grund des § 1915 das. zum Strafantrage legitimiert ist.

III. Findet ein **Wechsel in der Person des Antragsberechtigten** statt, so tritt der Neuberechtigte in die unter seinem Vorgänger begründete Rechtslage ein. D. h.:

1. Ist in der Person des früher Berechtigten die Antragsfrist bereits verstrichen, so lebt sie in der Person des nunmehr Berechtigten nicht wieder auf. E 5, 190. A. A. Binding 1, 628 für den Fall, daß der Verletzte zur Zeit der That das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte.
2. Läuft die Antragsfrist in der Person des früher Berechtigten noch, so läuft sie in der Person des Neuberechtigten weiter. Jedoch muß mit Oppenh.-Del. 16 ein Ruhen des Fristenlaufs angenommen werden, solange der Neuberechtigte die im § 61 geforderte Kenntnis nicht hat.

IV. Wer beschränkt geschäftsfähig (BGB § 114), aber antragsmündig ist kann in eigener Person den Strafantrag stellen. Die Frage, inwiefern ihn sein Vormund oder Pfleger dabei vertreten kann, beurteilt sich nach § 61 IV. Das Gleiche gilt für diejenigen Personen, die wegen körperlicher oder geistiger Schwäche einen Pfleger erhalten haben (BGB § 1910). Den Abwesenheitspfleger wird man nur ganz ausnahmsweise als legitimiert ansehen dürfen, weil bei ihm der Schluß, daß er entsprechend dem Willen des Verletzten handle, regelmäßig nicht gezogen werden kann.

V. Über sonstige Vertretungsbefugnisse s. § 61 IV.

§ 66.

Durch Verjährung wird die Strafverfolgung und die Strafvollstreckung ausgeschlossen.

I. **Entsprechend dem Wortlaut des Gesetzes unterscheidet man zwischen Verfolgungsverjährung und Vollstreckungsverjährung.** Jene (§§ 67—69) hindert die Verfolgung der Handlung, diese (§§ 70—72) die Vollstreckung der bereits rechtskräftig erkannten Strafe.

II. **Die rechtliche Natur der Verjährung ist bestritten.** Fragt man im Anschluß an die vorliegende Stelle: was verjährt? — oder: durch Verjährung wessen wird die Strafverfolgung ausgeschlossen? so kann die Antwort nur lauten: durch Verjährung des Strafanspruchs. Die Verjährung bedeutet also zunächst, daß durch Zeitablauf das Recht zu strafen untergeht; sie ist Strafaufhebungsgrund und hat als solcher materiellrechtlichen Charakter. (Ausnahmsweise kann die Verjährung sogar Strafausschließungsgrund sein. Vergl. § 67 II.) Daneben aber verleiht ihr § 66 gleichzeitig einen strafprozessualen Charakter, insofern er erklärt, daß bei vorhandener Verjährung überhaupt ein Strafverfahren nicht stattfinden, sondern die Verfolgung ausgeschlossen sein solle. An sich wäre es, auch wenn die Verjährung von vornherein feststeht, sehr wohl möglich, daß der Staat zur Aufklärung der Sache den Verdächtigen einem förmlichen Strafverfahren unterwirft. Das StGB aber lehnt diesen Standpunkt ab, es verbietet bei eingetretener Verjährung die Strafverfolgung und gestaltet somit die Verjährung zu einer negativen Prozeßvoraussetzung oder einem Prozeßhindernis. Daraus folgt, daß, wenn sie erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens konstatiert wird, nicht auf Freisprechung, sondern auf Einstellung oder etwa auch auf Unzulässigkeit der Strafverfolgung zu erkennen

Digitized by Google

ist. So Oppenh.-Del. 1, 8, Olsh. 4—8, Meyer 321, besonders aber v. Risch, Ztschr. 9, 235 ff., auch E 30, 31. Dagegen betont die herrschende Lehre einseitig den materiellen Charakter und fordert daher eventuell Freisprechung. So z. B. v. Kries 9, v. Liszt § 76, E 12, 434. Andere wiederum sehen die Verjährung lediglich als ein prozessuales Institut an. So Binding 1, 815 ff., Rüd.-Stengl. 2. Wichtig ist die Frage namentlich auch wegen StPO § 380.

III. Über die Frage, inwiefern das Landesrecht durch die Vorschriften über die Verjährung gebunden wird, s. EG § 2 VI und Binding, Grundriß 1, 254.

§ 67.

Die Strafverfolgung von Verbrechen verjährt,

wenn sie mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht sind, in zwanzig Jahren;

wenn sie im Höchstbetrage mit einer Freiheitsstrafe von einer längeren als zehnjährigen Dauer bedroht sind, in funfzehn Jahren;

wenn sie mit einer geringeren Freiheitsstrafe bedroht sind, in zehn Jahren.

Die Strafverfolgung von Vergehen, die im Höchstbetrage mit einer längeren als dreimonatlichen Gefängnisstrafe bedroht sind, verjährt in fünf Jahren, von anderen Vergehen in drei Jahren.

Die Strafverfolgung von Übertretungen verjährt in drei Monaten.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist, ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt des eingetretenen Erfolges.

I. **Verjährungsfrist und Dreiteilung der Delikte.** — Bei der Bestimmung der für die Verfolgungsverjährung maßgebenden Fristen benutzt das Gesetz die Dreiteilung der strafbaren Handlungen. Vergl. § 1. Je schwerer das Delikt zu qualifizieren und je höher die angedrohte Strafe, um so länger die Verjährungsfrist. Speziell ist Folgendes hervorzuheben:

1. Hier wie dort kommt es nur auf die höchste angedrohte, nicht auf die verwirkte Strafe an.
2. Hier wie dort bleiben jugendliches Alter und mildernde Umstände außer Betracht.
3. Hier wie dort ist bei Rückfall das für diesen bestimmte Strafmaximum maßgebend. Abweichend Hälschner 1, 697.
4. Hier wie dort sind Versuch und Beihilfe nach den für sie zulässigen Maximalstrafen zu qualifizieren. Daher verjährt zwar der vollendete Mord erst in 20 Jahren, der versuchte Mord oder die Beihilfe zum Mord schon in 15 Jahren. So die herrschende Lehre in offenbarem Widerspruch mit ihrer zu § 1 I 4 dargelegten Ansicht. Abweichend, aber konsequent, v. Liszt § 77.
5. Ein Vergehen, das „im Höchstbetrage mit einer längeren als dreimonatigen Gefängnisstrafe bedroht ist", liegt nach dem Sprachgebrauche der modernen Gesetze dann nicht vor, wenn die längere Gefängnisstrafe nur wegen Unbeitreibbarkeit der Geldstrafe eintreten kann; z. B. § 285. E 1, 167.

II. **Berechnung der Verjährungsfrist.** — Die Verjährung beginnt nach dem letzten Absatze mit dem Tage, an welchem die Handlung begangen ist. Wird eine Übertretung am 16./8 10 Uhr abends begangen, so beginnt die Verjährungsfrist schon um 12 Uhr in der Nacht vom 15. auf den 16./8 zu laufen. Die Verjährung ist an dem Zeitpunkte

Digitized by Google

beendigt, der durch seine Benennung ihrem Anfang entspricht; in dem angegebenen Beispiele also um 12 Uhr in der Nacht vom 15. auf den 16./11. R 8, 393.

Bei Bestimmung der Zeit der begangenen Handlung soll nach dem letzten Absatz der Erfolg außer Betracht bleiben. Dies entspricht den Ausführungen zu § 3 IV, darf aber nicht als Argument gegen sie verwertet werden. Denn einer ausdrücklichen Bestimmung bedurfte es hier deshalb, weil hiernach die Verjährung bereits eingetreten sein kann, bevor die Strafbarkeit begonnen hat. Z. B. der fehlerhaft konstruierte Dampfkessel platzt nach 10 Jahren und tötet den Heizer. Ebenso Beling 25 ff., Hälschner 1, 694, v. Liszt § 77, Merkel 245, Meyer 326, besonders aber Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung (1902) 203 ff. Die in der Praxis zur Herrschaft gelangte Lehre (besonders Olsh. 9, auch Binding, Grundriß 1, 256) und das RG (E 5, 282. 9, 152. 21, 228. 26, 261) dagegen halten es für einen Widerspruch in sich selbst, daß der staatliche Strafanspruch aufgehoben sein sollte, bevor er überhaupt zur Entstehung gelangte, und nehmen daher an, daß die Verjährungsfrist erst dann zu laufen beginne, wenn eine strafbare Handlung vorliegt, also erst mit Eintritt des fahrlässig verursachten Erfolges oder mit Begehung der Hauptthat. Zur Handlung gehöre auch der nächste strafrechtlich relevante Erfolg, und wenn das Gesetz Handlung und Erfolg scheide, so habe es nur den Erfolg im Auge, der als weiterer eintrete und die Höhe der Strafbarkeit beeinflusse. Z. B. bei Körperverletzung mit tödlichem Erfolg bedeute Erfolg im Sinne des § 67 nur den Tod, nicht die Körperverletzung. Diese Auffassung beruht im Grunde auf einer petitio principii. Sie geht davon aus, daß die Verjährung nach ihrer materiellrechtlichen Seite nur in der Aufhebung eines bereits entstandenen Strafanspruchs bestehen könne; das wäre aber erst zu beweisen, und wird durch die in Rede stehende Stelle umgekehrt widerlegt. Auf die von der herrschenden Lehre herangezogene Entstehungsgeschichte zurückzugehen läge erst dann Grund vor, wenn der Wortlaut unklar wäre. Besonders aber spricht gegen die bekämpfte Ansicht die von Kitzinger a. a. O. hervorgehobene Erwägung, daß nach ihr vorsätzliche Delikte rascher verjähren würden als fahrlässige, während anderseits die Gesichtspunkte, die für das Institut der Verjährung überhaupt sprechen (Beweisschwierigkeit, Wandelbarkeit der Psyche), die vertretene Ansicht unterstützen.

Wenn nach dem Vorhergehenden der Eintritt des Erfolges für den Beginn der Verjährungspflicht außer Betracht bleibt, so gilt dies um so mehr für solche nachträglich eintretende Umstände, welche als Bedingungen der Strafbarkeit zu charakterisieren sind. Faßt man mit v. Liszt § 135, Binding, Lehrb. 429, Meyer 326, 598 bei dem Bankbruch (KO §§ 239. 240. 241) die Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung als Bedingung der Strafbarkeit auf, so beginnt die Verjährung mit der Begehung der einzelnen Handlungen zu laufen, nicht erst mit der Zahlungseinstellung oder Konkurseröffnung. A. A. die herrschende Lehre, weil sie die erwähnten Momente zum Thatbestande rechnet. E 3, 350. 7, 391. 9, 152. Wird eine mehrfache Thätigkeit zu einer einheitlichen Handlung zusammengefaßt, so beginnt die Verjährung erst mit dem letzten Akte zu laufen (Kollektivdelikte und fortgesetztes Verbrechen). So die herrschende Lehre und E 6, 412. 8, 390. 10, 203. 14, 145, R 5, 740. 7, 247. 692. 9, 483. Abweichend Heinze in Holtzend. Handb. 2, 617, Binding 1, 837 (s. aber jetzt Binding, Grundriß 1, 256) und besonders Kitzinger a. a. O. 248 ff. Aus dem gleichen Grunde beginnt bei fortdauernden Verbrechen die Verjährung erst mit der Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes, z. B. mit der Befreiung des rechtswidrig Festgehaltenen. So die herrschende Lehre und R 4, 595, E 22, 161.

Sind an der Handlung mehrere Personen beteiligt, so ist nach den Ausführungen zu § 3 die Verjährungsfrist für jeden besonders zu berechnen. Ebenso Kitzinger a. a. O. 228, Meyer 327, v. Liszt § 77. A. A. die herrschende Lehre, z. B. Binding, Grundriß 1, 257, Olsh. 16, E 5, 286. 30, 310.

Wegen der Unterlassungsdelikte s. § 3.

III. **Besondere reichsgesetzliche Vorschriften** über die Verjährung finden sich wieder-

Digitized by Google

holt. S. z. B. EG z. StGB § 7, StGB § 171, GO § 145, Preßgef. § 22 (diese Bestimmung findet auf alle Delikte Anwendung, welche durch die Verbreitung von Druckschriften strafbaren Inhalts begangen werden, z. B. auf Beleidigungen, namentlich auch auf die in § 184 Nr. 1. 2 unter Strafe gestellten Handlungen; E 32, 69; vergl. aber E 33, 230), Seemannsordnung § 121, Urheberrechtsgef. § 53, Gef. über die Wechselstempelsteuer v. 10./6 1869 § 17.

IV. Über den Einfluß der Verjährung auf das **objektive Verfahren** s. § 42 I.

§ 68.

Jede Handlung des Richters, welche wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtet ist, unterbricht die Verjährung.

Die Unterbrechung findet nur rücksichtlich desjenigen statt, auf welchen die Handlung sich bezieht.

Nach der Unterbrechung beginnt eine neue Verjährung.

I. **Die Unterbrechung der Verjährung im allgemeinen.** — Die Stelle handelt von der Unterbrechung der Verfolgungsverjährung (Unterbrechung der Vollstreckungsverjährung s. § 72). Das Wesen der Unterbrechung besteht darin, daß durch den Eintritt eines gewissen Ereignisses der bis dahin verstrichene Teil der Verjährungsfrist hinfällig wird und eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt. Da Unterbrechungshandlungen von den Gerichten sehr leicht vorgenommen und wiederholt werden können — mindestens dann, wenn That und Thäter bekannt sind —, so ist die Möglichkeit einer völligen Vereitelung der Verjährung gegeben. Die Praxis der Gerichte strebt dieses Ziel an. So kommt es, daß ohne genaue Kenntnis der Akten die Frage der Verjährung niemals mit Bestimmtheit entschieden werden kann, und daß die Unterbrechungshandlungen eine mit der Würde der Justiz wenig verträgliche Trübung der prozessualen Situation bewirken. Mit Recht bezeichnet Lammasch i. d. Verhdlg. d. 24. deutschen Juristentags 2, 118 die üblich gewordene Art der Gesetzesanwendung als „hinterhältig und unaufrichtig".

II. **Erfordernisse der Unterbrechung.** — Die Unterbrechung der Verfolungsverjährung wird lediglich durch richterliche Handlungen herbeigeführt. Staatsanwaltschaftliche und polizeiliche Handlungen unterbrechen nicht. Jedoch legt die StPO §§ 453. 456 den polizeilichen Strafverfügungen und den Strafbescheiden der Verwaltungsbehörden unterbrechende Wirkung bei. (Binding 1, 850 dehnt dies auf Handlungen der Verwaltungsbehörden schlechthin aus, sofern diese Strafgewalt besitzen, dagegen mit Recht E 31, 9.) Vergl. auch Wechselstempelsteuergef. § 17; besonders aber EG z. MStGO § 10. Nach der letzten Stelle steht einer richterlichen Handlung gleich „jede Handlung, welche von dem Gerichtsherrn, dem untersuchungsführenden und dem die Anklage vertretenden Gerichtsoffizier Kriegsgerichtsrat oder Oberkriegsgerichtsrate, sowie in dem Falle des § 3 des EG z. MStGB von Disziplinarvorgesetzten wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtet wird". — Ob der Richter die Handlung selbst vornimmt oder durch seine Organe vornehmen läßt, ist gleichgiltig. So die herrschende Lehre. Einzelnes:

1. Daß nur die Handlungen eines Strafrichters (und zwar als solchen E 29, 236) die Verjährung zu unterbrechen vermögen, ist sicher, fraglich dagegen, ob die Zuständigkeit des Richters gefordert werden muß. Erwägt man, daß über die Zuständigkeit häufig erst im Prozesse selbst und nach voraufgehendem Gehör des schuldigten entschieden werden kann, so wird man die Frage mit der herrschenden Lehre zu verneinen haben. Wohl aber muß im übrigen die richterliche Handlung an sich zulässig sein. Deshalb wird die Verjährung nicht unterbrochen durch eine entgegen RV 31 eingeleitete Untersuchung gegen einen Abgeordneten (E 23, 184. 24, 205), ebensowenig (grundsätzlich) durch eine vor dem erforderlichen Strafantrage

Digitized by Google

vollzogene richterliche Handlung. E 6, 37. Vergl. u. 2a a. E. Darf ein wegen eines bestimmten Delikts Ausgelieferter innerhalb bestimmter Frist nach dem maßgebenden Auslieferungsvertrage wegen eines andern Delikts nicht verfolgt werden, so haben gleichwohl vorgenommene Unterbrechungshandlungen keine unterbrechende Wirkung. E 32, 247.

2. Nicht jede in irgendwelcher Beziehung zu der That stehende Handlung des Richters unterbricht die Verjährung, sondern nur eine solche, „welche wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtet ist". Hieraus ergiebt sich folgendes:

a) Die Unterbrechungshandlung muß sich auf eine bestimmte That beziehen. Nachforschungen nach dem Vorleben einer verdächtigen Person sind daher nicht geeignet, die Verjährung eines bis jetzt noch nicht bestimmt in Frage stehenden Delikts zu unterbrechen. Anderseits ist nicht erforderlich, daß die That bei der Unterbrechungshandlung in dem gleichen Sinne rechtlich qualifiziert werde wie in dem Urteil (E 13, 57), noch auch, daß sie überhaupt rechtlich qualifiziert werde. Es genügt, wenn sich die Handlung auf dieses konkrete Vorkommnis bezieht, mag es auch in seiner strafrechtlichen Eigenart noch nicht erkannt sein. E 30, 301. Vergl. auch E 29, 344 Die Identität der That ist nach denselben Gesichtspunkten zu beurteilen wie im Strafprozeß. Deshalb wirkt die Unterbrechung auch auf ideell konkurrierende Delikte. So besonders Olsh. 12 gegen Binding 1, 851; auch E 33, 426 mit der Ausführung, daß eine gegen ein Offizialdelikt vorgenommene Unterbrechungshandlung auch dann gegen ein ideell konkurrierendes Antragsdelikt wirke, wenn zur Zeit der richterlichen Handlung der Antrag noch nicht gestellt war.

b) Die Unterbrechungshandlung muß sich gegen einen bestimmten Thäter richten. Daß der Begriff des Thäters nicht im technischen Sinne zu nehmen ist, sondern alle Beteiligten umfaßt, ergiebt sich aus dem zweiten Absatz. Dem Namen nach braucht der Beteiligte nicht bekannt zu sein, wohl aber ist erforderlich, daß er als eine bestimmte Person in Anspruch genommen werde. Wenn daher das Amtsgericht gemäß StPO § 164 seine Organe beauftragt, nach dem unbekannten Thäter eines Verbrechens zu fahnden, so wird hierdurch die Verjährung nicht unterbrochen. Ebensowenig durch eine Zeugenvernehmung, die erst Anhaltspunkte zur Verdächtigung einer bestimmten Person bieten soll. Wohl aber dadurch, daß das Amtsgericht einen ihm unbekannten Landstreicher wegen Verdachts der Begehung vernimmt, oder dadurch, daß gegen eine nur dem Äußern nach bezeichnete Person wegen Verdachts der Teilnahme ein Steckbrief erlassen wird.

c) Die Unterbrechungshandlung muß sich gegen eine bestimmte Person in ihrer Eigenschaft als Thäter oder sonst Beteiligten richten; sie muß mit andern Worten die Tendenz verfolgen, diese Person wegen der That strafrechtlich zur Verantwortung zu ziehen. Das ist nicht der Fall, wenn der Beteiligte zunächst als Zeuge vernommen oder als solcher wegen Ausbleibens zu einer Ordnungsstrafe verurteilt wird. Wohl aber sind Unterbrechungshandlungen: die Eröffnung des Hauptverfahrens, die Anberaumung des Termins zur Hauptverhandlung, Erlassung eines Haftbefehls, Vernehmung dritter Personen als Zeugen, selbst Beschluß auf vorläufige Einstellung des Verfahrens (E 21, 308. 27, 81. 30, 301). Man wird zugeben müssen, daß auch solche richterliche Handlungen, die lediglich den inneren Dienst betreffen, geeignet sind, die Verjährung zu unterbrechen, sofern sie die vorbezeichnete Tendenz erkennen erlassen, z. B. Unterschrift eines Eröffnungsbeschlusses oder eines Strafurteils. Die Praxis dürfte darin jedoch zu weit gehen. Vergl. die teilweise sehr bedenkliche Kasuistik bei Rüd.-Stengl. 18. Daß eine bloße Reproduktionsverfügung keine Unterbrechung bewirkt, hat auch das RG anerkannt. E 21, 308.

III. **Wirkung der Unterbrechung bei Teilnahme.** — Sind an der That mehrere

Digitized by Google

Personen beteiligt, so tritt durch richterliche Handlungen eine Unterbrechung gemäß Abs. 2 nur gegenüber derjenigen Person ein, gegen welche sie sich richtet. Sie wirkt also nicht in rem, sondern nur in personam. S. oben II 2. Sehr häufig wird es vorkommen, daß der Name jener Person nicht ausdrücklich genannt wird. Z. B.: es wird ein Augenschein eingenommen. Dann richtet sich die Handlung gegen alle Beteiligten. Vergl. auch E 30, 301.

IV. **Wiederholte Unterbrechung.** — Die nach der Unterbrechung beginnende neue Verjährung kann aufs neue unterbrochen werden. S. o. I. Sie beginnt nach E 13, 57 mit dem Tage, an welchem die Unterbrechungshandlung vorgenommen wird. Vergl. § 67 II.

§ 69.

Die Verjährung ruht während der Zeit, in welcher auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden kann. Ist der Beginn oder die Fortsetzung eines Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig, deren Entscheidung in einem anderen Verfahren erfolgen muß, so ruht die Verjährung bis zu dessen Beendigung.

Ist zur Strafverfolgung ein Antrag oder eine Ermächtigung nach dem Strafgesetz erforderlich, so wird der Lauf der Verjährung durch den Mangel des Antrages oder der Ermächtigung nicht gehindert.

I. **Das Ruhen der Verjährung im allgemeinen.** — Während § 68 die Unterbrechung der Verfolgungsverjährung betrifft, behandelt § 69 das Ruhen derselben (ein Ruhen der Vollstreckungsverjährung ist dem Gesetze unbekannt). Unterbrechung und Ruhen haben das Gemeinschaftliche, daß der Eintritt eines gewissen Umstandes den Lauf der Verjährungsfrist hindert. Der Unterschied aber liegt darin, daß bei der Unterbrechung nach jenem Umstande eine neue Verjährungsfrist zu laufen beginnt, bei einem Ruhen dagegen die alte Frist weiter läuft. Bei einem Ruhen wird also mit andern Worten eine gewisse Zeit nicht in die Verjährungsfrist miteingerechnet.

In seiner ursprünglichen Fassung enthielt § 69 nur den jetzigen zweiten Satz. Der erste und der dritte Satz sind eingeschoben worden durch Ges. v. 26./3 1893. Da nämlich gegen Reichstagsabgeordnete während der Sitzungsperiode dem Willen des Reichstag entgegen Verfolgungshandlungen unzulässig sind (Art. 31 der RV) und daher während der gleichen Zeit Unterbrechungshandlungen nicht vorgenommen werden dürfen (§ 68 II 1), so konnte es kommen, daß bei kurzen Verjährungsfristen, wie der durch das Preßges. § 22 bestimmten sechsmonatlichen, das praktische Ergebnis die Straflosigkeit des Abgeordneten war. Um diesem Mißstande zu begegnen, ist der erste Satz neu hinzugefügt worden, und dieser machte wiederum die Aufnahme des dritten notwendig.

II. **Die Erfordernisse des Ruhens der Verjährung.** — In seiner neuen Fassung enthält § 69 zwei Fälle des Ruhens der Verjährung:

1. Die Verjährung ruht während der Zeit, in welcher auf Grund gesetzlicher Vorschrift die Strafverfolgung nicht begonnen oder nicht fortgesetzt werden darf. — Das Gesetz hat hier Fälle im Auge, bei denen zufolge einer gesetzlichen Bestimmung zeitweise schlechthin keine Verfolgungshandlungen vorgenommen werden können, so daß auch eine Unterbrechung der Verjährung nicht herbeigeführt werden kann. Vergl. § 68 II 1. Hierher gehört namentlich RV Art. 31. S. o. I. Während der Sitzungsperiode (welche auch die Zeit der Vertagung umfaßt, E 22, 379) ruht die Verjährung auch dann, wenn die Genehmigung des Reichstags zur Strafverfolgung überhaupt nicht nachgesucht worden ist. E 27, 10. 33, 410. War dagegen das Verfahren schon vorher eingeleitet, so kann es fortgesetzt werden, bis der Reichstag seine Aufhebung

Digitized by Google

verlangt. Daher ruht die Verjährung nur, sofern der Reichstag dieses Verlangen stellt. E 27, 385. Ferner gehören hierher die durch EG z. StPO § 6 Nr. 1 aufrecht erhaltenen dem zit. Art. 31 entsprechenden Bestimmungen des Landesrechts zu Gunsten der Landtagsmitglieder. Nimmt man mit der herrschenden Lehre (vergl. Löwe-Hellw. 7) an, daß diese Bestimmungen nur für den Staat gelten, in dem sie erlassen sind, so findet die vorliegende Stelle keine Anwendung, sofern außerhalb dieses Staates ein Gerichtsstand begründet ist, und wäre es auch nur der des Zusammenhangs. — Den Gegensatz zu den behandelten bilden die Fälle, in denen nur einzelne Verfolgungshandlungen ausgeschlossen sind, wie z. B. die Abhaltung der Hauptverhandlung, während der Thäter abwesend oder geisteskrank ist (StPO §§ 319. 327; vergl. auch MStGO § 9). Hier ruht die Verjährung nicht. Man kann aber nicht mit Olsh. 1 sagen, daß in den zuletzt erwähnten Fällen die Unmöglichkeit der Strafverfolgung eine rein thatsächliche sei. Nach E 31, 9 bezieht sich das Gesetz auf solche Hindernisse der Strafverfolgung, die in den persönlichen Verhältnissen des zu Verfolgenden begründet sind (?).

2. Die Verjährung ruht, wenn Beginn oder Fortsetzung eines Strafverfahrens von einer Vorfrage abhängig ist, deren Entscheidung in einem andern Verfahren erfolgen muß, bis zur Beendigung dieses andern Verfahrens. — Nach StPO § 261 ist der Strafrichter berechtigt wie verpflichtet, die einem andern Rechtsgebiete angehörigen Vorfragen selbst zu entscheiden (z. B. die Eigentumsfrage beim Diebstahl). Er kann zwar das Strafverfahren aussetzen, bis eine anderweite Entscheidung dieser Vorfragen ergangen ist, notwendig aber ist die Entscheidung in einem andern Verfahren grundsätzlich nicht. Macht daher der Strafrichter von der Aussetzungsbefugnis Gebrauch, so tritt ein Ruhen der Verjährung dadurch nicht ein. — Anderseits aber giebt es eine Reihe von Einzelfällen, in welchen allerdings die Entscheidung einer andern Behörde zur Einleitung oder Fortsetzung des Strafverfahrens notwendig ist. S. §§ 164. 170. 172. 191. 238, EG z. GVG § 11, vergl. auch StGB § 171 Abs. 3. In allen diesen Fällen ruht die Verjährung bis zur rechtskräftigen Beendigung des Verfahrens, in welchem es sich um den Erlaß der für den Strafprozeß erforderlichen Vorentscheidung handelt.

III. **Ruhen der Verjährung bei Teilnahme.** — Darüber, ob die Verjährung nur gegenüber einem oder gegenüber allen Beteiligten ruht, fehlt es an einer ausdrücklichen Vorschrift. Die Frage ist — entsprechend der Unterbrechung der Verjährung — dahin zu beantworten, daß ein Ruhen der Verjährung gegenüber denjenigen, aber auch nur gegenüber denjenigen Beteiligten eintritt, bei welchen eines der im § 69 hervorgehobenen Hindernisse der Strafverfolgung vorliegt. Sind z. B. bei einem Delikt ein Mitglied des Reichstags und ein Nichtmitglied beteiligt, so ruht während der Session die Verjährung nur gegenüber dem ersteren.

IV. **Antragsdelikte.** — Die Bestimmung des zweiten Absatzes wurde schon vor der Novelle vom 26./3 1893 als selbstverständlich angesehen. Ausdrücklich erforderlich wurde sie erst durch Einschiebung des ersten Satzes des § 69.

V. Auf **Handlungen, die vor dem 12./4 1893 begangen worden sind,** finden die durch die Novelle eingefügten Sätze des § 69 keine Anwendung, weil andernfalls eine Rückwirkung eines strengeren Strafgesetzes stattthätte. S. § 2. Maßgebend ist der 12./4 1893 deshalb, weil an diesem Tage die Novelle vom 26./3 in Kraft getreten ist. Ebenso Seuffert, Ztschr. **14**, 549, E **32**, 247.

§ 70.

Die Vollstreckung rechtskräftig erkannter Strafen verjährt, wenn

1. auf Tod oder auf lebenslängliches Zuchthaus oder auf lebenslängliche Festungshaft erkannt ist, in dreißig Jahren;

Digitized by Google

2. auf Zuchthaus oder Festungshaft von mehr als zehn Jahren erkannt ist, in zwanzig Jahren;
3. auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder auf Festungshaft von fünf bis zu zehn Jahren oder Gefängnis von mehr als fünf Jahren erkannt ist, in funfzehn Jahren;
4. auf Festungshaft oder Gefängnis von zwei bis zu fünf Jahren oder auf Geldstrafe von mehr als sechstausend Mark erkannt ist, in zehn Jahren;
5. auf Festungshaft oder Gefängnis bis zu zwei Jahren oder auf Geldstrafe von mehr als einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark erkannt ist, in fünf Jahren;
6. auf Haft oder auf Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark erkannt ist, in zwei Jahren.

Die Verjährung beginnt mit dem Tage, an welchem das Urteil rechtskräftig geworden ist.

I. Über das **Wesen der Vollstreckungsverjährung** im allgemeinen s. § 66.

II. **Die Verjährungsfrist.** — Ebenso wie bei der Verfolgungsverjährung ist bei der hier behandelten Vollstreckungsverjährung die Länge der Verjährungsfrist von der Höhe der Strafe abhängig. Während aber bei der Verfolgungsverjährung die angedrohte Strafe entscheidet, ist hier die verwirkte d. h. im Urteil verhängte Strafe maßgebend. Während ferner die Verfolgungsverjährung mit dem Tage der begangenen Handlung zu laufen beginnt, nimmt die Vollstreckungsverjährung ihren Anfang mit (vergl. § 67 II a. A.) dem Tage der Rechtskraft des Urteils, d. h. mit dem Tage, an welchem die Entscheidung nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln angefochten werden kann. Natürlich läuft auch mit Erlaß des nicht rechtskräftigen Urteils eine Verjährungsfrist, aber diese ist lediglich die Frist der Verfolgungsverjährung. Dem rechtskräftigen Urteil steht nach StPO § 450 der Strafbefehl, gegen den nicht rechtzeitig Einspruch erhoben wurde, gleich. Dasselbe muß für das Gebiet der Vollstreckungsverjährung analog von der polizeilichen Strafverfügung und von dem Strafbescheid gelten. — Die Berechnung der Frist ist bei beiden Arten der Verjährung dieselbe. Vergl. § 67 II.

III. **Nach der vorliegenden Stelle unterliegen der Vollstreckungsverjährung nur Strafen,** also nicht polizeiliche Präventivmaßregeln und nicht die Buße. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, daß sich die Verjährung beider auf Rechtsregeln außerhalb des StGB's stützen kann. Übereinstimmend (bezüglich der Buße) v. Liszt § 67, Meyer 377, Olsh. 6, Oppenh.-Del. 2. A. A. Binding 1, 854, Rüd.-Stengl. 5. Von dem vertretenen Standpunkte aus verjährt die Buße gemäß BGB § 218 in 30 Jahren. Vergl. auch EG z. BGB Art. 169. Was speziell die Überweisung an die Landespolizeibehörde betrifft, so folgt aus § 362, daß sie nicht mehr ausgeführt werden kann, wenn die Vollstreckung der als Hauptstrafe erkannten Haft verjährt ist.

Bezüglich der Strafen ist Folgendes zu bemerken:

1. Die Verjährung der Nebenstrafen richtet sich nach der Hauptstrafe, neben welcher sie erkannt sind. Bedürfen allerdings die Nebenstrafen keiner Vollstreckung, so kann auch von Vollstreckungsverjährung keine Rede sein. Immerhin verjähren der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und die Polizeiaufsicht insofern, als die in den §§ 35. 36. 38 bestimmten Fristen verstreichen.
2. Die Verjährbarkeit des Verweises wird vom Gesetze nicht besonders ausgesprochen. Wenn aber irgendwo, so ist hier die Analogie am Platze, so daß mit der herrschenden Lehre Verjährung binnen zwei Jahren anzunehmen ist.

Digitized by Google

3. Über die Verjährung der Gesamtstrafe s. § 74 IV.
IV. Wegen der vor dem StGB erkannten Strafen s. § 2 IV 5.

§ 71.

Die Vollstreckung einer wegen derselben Handlung neben einer Freiheitsstrafe erkannten Geldstrafe verjährt nicht früher, als die Vollstreckung der Freiheitsstrafe.

I. In einzelnen Fällen kann wegen derselben Handlung auf Freiheitsstrafe und Geldstrafe kumulativ erkannt werden. Dabei würde es an sich möglich sein, daß die Vollstreckungsverjährung für die Geldstrafe kürzer wäre als für die Freiheitsstrafe. Z. B.: es wird jemand wegen Betrugs (§ 263) zu einer Gefängnisstrafe von 1 Monat (Verjährungsfrist 5 Jahre) und zu einer Geldstrafe von 150 Mark (Verjährungsfrist 2 Jahre) verurteilt. § 71 bestimmt nun, daß die Geldstrafe nicht früher als die Freiheitsstrafe, in unserm Falle mithin erst nach 5 Jahren verjährt. Der umgekehrte Fall, daß die Verjährungsfrist für die Geldstrafe länger ist als für die Freiheitsstrafe, wird vom Gesetz nicht erwähnt. Z. B. Verurteilung auf Grund des § 302 d zu Gefängnis von einem Jahr (Verjährungsfrist 5 Jahre) und zu Geldstrafe von 15 000 Mark (Verjährungsfrist 10 Jahre). Es ist daher sehr wohl möglich, daß die Freiheitsstrafe wegen eingetretener Verjährung nicht vollstreckt werden darf, während die Geldstrafe noch vollstreckbar ist. In diesen Fällen mit Binding 1, 855, Olsh. 1, Rüd.-Stengl. 2 die Verjährungsfrist der Freiheitsstrafe nach der der Geldstrafe zu bemessen, ist in keiner Weise gerechtfertigt.

II. § 71 erfordert Verurteilung wegen derselben Handlung, findet also keine Anwendung, wenn in demselben Urteil wegen der einen That auf Freiheitsstrafe, wegen der andern auf Geldstrafe erkannt wird.

§ 72.

Jede auf Vollstreckung der Strafe gerichtete Handlung derjenigen Behörde, welcher die Vollstreckung obliegt, sowie die zum Zwecke der Vollstreckung erfolgende Festnahme des Verurteilten unterbricht die Verjährung.

Nach der Unterbrechung der Vollstreckung der Strafe beginnt eine neue Verjährung.

I. Ebenso wie die Verfolgungsverjährung läßt auch die Vollstreckungsverjährung eine Unterbrechung zu. In beiden Fällen kann die Unterbrechungshandlung wiederholt vorgenommen werden und hat hier wie dort die Wirkung, daß die Verjährungsfrist von neuem zu laufen beginnt (Abs. 2) und zwar mit dem Tage, an dem die Unterbrechungshandlung vorgenommen wurde. Vergl. § 67 II. Die neue Verjährungsfrist kann aufs neue unterbrochen werden. Während aber die Unterbrechung der Verfolgungsverjährung nur durch richterliche Handlungen bewirkt wird, ist die Unterbrechung der Vollstreckungsverjährung Sache der Vollstreckungsbehörde. Zur Vollstreckung ist nach StPO § 483 die Staatsanwaltschaft berufen, doch kann dieselbe in schöffengerichtlichen Sachen landesrechtlich auch den Amtsgerichten übertragen werden. Außerdem haben in gewissem Umfange Verwaltungsbehörden das Recht der Vollstreckung. Z. B. § 46 des Gesetzes über das Postwesen v. 28./10 1781. Vergl. EG z. StPO § 6.

II. Bestritten sind folgende Fragen:

1. Wird die Vollstreckungsverjährung nur durch Handlungen der in concreto zur Vollstreckung berufenen Behörde oder auch durch die anderer Vollstreckungsbehörden unterbrochen? Die Frage wird im ersteren Sinne zu entscheiden sein, da die zu § 68 II 1 angestellten Erwägungen hier nicht platzgreifen, auch der Wortlaut des Gesetzes diese Antwort fordert. Ebenso Olsh. 2, a. A. Rüd.-Stengl. 1.

Digitized by Google

2. Wird die Vollstreckungsverjährung nur unterbrochen durch die von der Vollstreckungsbehörde selbst oder auch durch die in ihrem Auftrage oder auf ihr Ersuchen vorgenommenen Handlungen anderer Organe und Behörden? In letzterem Sinne zu beantworten. Denn „was mittelbar geschieht, gilt stets dem unmittelbar Gethanen gleich". So Rüd.-Stengl. 5. Wesentlich übereinstimmend auch Olsh. 3.

III. Ebenso wie richterliche Unterbrechungshandlungen der Verfolgungsverjährung, müssen auch die zur Unterbrechung der Vollstreckungsverjährung führenden Handlungen eine bestimmte Tendenz haben, und zwar hier die Tendenz, die Vollstreckung der Strafe herbeizuführen. Daher keine Unterbrechung der Verjährung, wenn die Staatsanwaltschaft ein Gesuch um Wiederaufnahme des Verfahrens zu Gunsten des Verurteilten anbringt, oder wenn sie ein Gnadengesuch befürwortet. Wohl aber Unterbrechung bei Aufforderung zum Strafantritt, Erlaß eines Steckbriefs, Bescheidung eines Gesuchs um Fristbewilligung zum Strafantritt. Wird von der Staatsanwaltschaft eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Strafvollstreckung oder zum Zwecke der Auslegung des Strafurteils herbeigeführt (StPO §§ 490 ff.), so kann zwar der staatsanwaltschaftliche Antrag unterbrechende Wirkung haben, nicht aber die richterliche Entscheidung.

IV. Ausdrücklich sagt das Gesetz, daß die zum Zwecke der Vollstreckung erfolgende Festnahme des Verurteilten die Vollstreckungsverjährung unterbreche. Dies gilt auch dann, wenn die Festnahme nicht durch die Vollstreckungsbehörde selbst oder nicht in deren Auftrag erfolgt. Die Unterbrechung dauert in diesem Falle so lange, wie die Festhaltung. Private sind allerdings nicht zur Vollstreckungsfestnahme befugt.

V. Alle Vollstreckungshandlungen unterbrechen die Verjährung nur bezüglich der Strafe, auf welche sie sich beziehen.

Fünfter Abschnitt.

Zusammentreffen mehrerer strafbarer Handlungen.

§ 73.

Wenn eine und dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze verletzt, so kommt nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht, zur Anwendung.

I. **Die Idealkonkurrenz als Verbrechenskonkurrenz.** — Unter Umständen wird die Tragweite einer Handlung nur durch mehrere rechtliche Gesichtspunkte erschöpft. Dies trifft namentlich zu:

1. wenn die einheitliche körperliche Thätigkeit mehrere ungleichartige reale Erfolge herbeiführt, z. B. ein Schuß tötet eine Person, verletzt eine andere und zertrümmert eine Fensterscheibe (§§ 211. 223a. 303);
2. wenn die einheitliche körperliche Thätigkeit nur einen realen Erfolg herbeiführt, dieser aber in rechtlicher Beziehung mehrfach zu würdigen ist; z. B. gewaltsamer Beischlaf mit der verheirateten Schwester (§§ 172. 173. 177).

Nach der Ausdrucksweise des § 73 sind in derartigen Fällen „mehrere Gesetze verletzt." Die herrschende Lehre verfolgt diesen Gedanken konstruktiv weiter, indem sie eine Mehrheit von Verbrechen, begangen durch eine Handlung, annimmt und diese Art des Zusammentreffens als Idealkonkurrenz bezeichnet. Demgemäß würden im ersten Falle Mord, Körperverletzung und Sachbeschädigung, im zweiten Ehebruch, Blutschande und Notzucht konkurrieren. Über das Wesen der **Handlungseinheit** s. näher § 74 V.

Digitized by Google

II. **Abweichende Auffassung (Gesetzeskonkurrenz).** — Im Gegensatze zur herrschenden Lehre wird die Frage, ob durch eine Handlung mehrere Verbrechen begangen werden können, verneint v. Liszt § 56, Hiller, GS **32**, 195 ff. Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz (1893), Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz (1893), Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen (1901) bes. 159 ff. Diese Schriftsteller leugnen den Begriff der Idealkonkurrenz als Verbrechenskonkurrenz und betrachten die hierher gehörigen Fälle unter dem Gesichtspunkte einer Gesetzeskonkurrenz. Sie gehen dabei meist von dem Satze aus, daß das Verbrechen Handlung sei. Hieraus kann jedoch unmöglich gefolgert werden, daß die Zahl der Handlungen mit der der Verbrechen identisch sein müßte. Der Fehlschluß liegt in der Vertauschung von Subjekt und Prädikat. Ebensowenig ist das gelegentlich von Heinemann verwendete Argument zutreffend, daß eine Handlung (z. B. der eine Beischlaf) nur zur Konstruktion eines Verbrechens benutzt werden könne. Ein Würfel hat sechs quadratische Flächen, obwohl jede Kante bei zwei Quadraten mitgezählt wird. Bezeichnet man eine Handlung als Verbrechen, so bedeutet das, daß sie in concreto einen Thatbestand erfüllt, den das Gesetz in abstracto unter Strafe stellt. Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht durch eine Handlung solcher Thatbestände mehrere erfüllt und damit mehrere Verbrechen begangen werden könnten. Vergl. Berner 295: „Eine Handlung enthält die Merkmale mehrerer Verbrechen". Ähnlich Freudenthal, Die notwendige Teilnahme an Verbrechen (1901) 56 ff. Für die herrschende Lehre sprechen die Überschrift des Abschnittes, die ganze systematische Stellung des § 73 und besonders die praktischen Konsequenzen (s. u. V).

III. **Arten der Idealkonkurrenz.** — Die Idealkonkurrenz ist entweder eine gleichartige oder eine ungleichartige, je nach dem die konkurrierenden Delikte gleichartig oder ungleichartig sind. Das Gesetz berücksichtigt ausdrücklich nur die letztere, daher ist die rechtliche Behandlung der ersteren bestritten. Denkbar ist die gleichartige Idealkonkurrenz nur dann, wenn die Handlung mehrere reale Erfolge gleicher Art hat, z. B. ein Schuß tötet, ein Wort beleidigt mehrere Personen.

1. v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen (1879) 108 nimmt wegen der Mehrheit der Kausalitäten mehrere Handlungen und darum Realkonkurrenz (§ 74) an. (Der gleichen Ansicht ist v. Buri auch dann, wenn die mehreren realen Erfolge ungleicher Art sind. Z. B. ein Stich beschädigt den Rock und verletzt den Träger. Dagegen E **21**, 63.) Indessen können unmöglich mehrere selbständige Handlungen im Sinne des § 74 angenommen werden.
2. v. Liszt und die übrigen unter II angeführten Schriftsteller leugnen, daß die sog. gleichartige Idealkonkurrenz überhaupt Konkurrenz sei. Verbrechenskonkurrenz sei sie deshalb nicht, weil durch eine Handlung niemals mehrere Verbrechen begangen werden könnten, Gesetzeskonkurrenz nicht, weil nur ein Gesetz in Frage stehe.
3. Herrschende und richtige Lehre: der Umstand, daß eine Handlung mehrere Erfolge hat, ist nicht geeignet, sie zu einer Mehrheit von Handlungen zu machen. Sind die mehreren Erfolge gleichartig, so ist § 73 analog anzuwenden, d. h. keine Häufung von Strafen, sondern nur eine Strafe, die nicht über das Minimum hinauszugehen braucht. E 2, 255, R 8, 149. Von diesem Satze macht indessen die herrschende Lehre zwei gänzlich ungerechtfertigte Ausnahmen:
   a) Wird durch eine Handlung zur Begehung mehrerer Dilekte angestiftet oder Beihilfe geleistet, so soll Realkonkurrenz vorliegen. E 5, 227. 8, 153. Dagegen Kohler, Studien **1**, 116 ff., v. Liszt, § 52, Olsh. 19, Frank, Ztschr. **14**, 372, Höpfner a. a. O. 184 ff.
   b) Bei mehreren in einer Schrift enthaltenen Delikten soll Realkonkurrenz vorliegen. R 8, 305, E **21**, 276. **33**, 46. Dagegen Olsh. 19, Höpfner a. a. O. 184 ff, Binding **1**, 581: „Die eine Handlung im Sinne des § 73 ist die Ausgabe des Preßerzeugnisses, die Abgabe des Briefes". Neuerdings hat auch das RG (E **34**, 134) in einem derartigen Falle Idealkonkurrenz angenommen. Es scheint

Digitized by Google

nunmehr die Entscheidung zwischen Ideal- und Realkonkurrenz davon abhängig machen zu wollen, ob die betr. Äußerungen in der Druckschrift räumlich verbunden oder getrennt auftreten.

IV. **Das strengste Gesetz.** — § 73 schreibt für die ausdrücklich von ihm behandelten Fälle der ungleichartigen Idealkonkurrenz vor, daß nur ein Gesetz und zwar, kurz gesagt, das strengste Anwendung finden sollte. Dies ist aber dasjenige, das die strengste Strafe „androht", d. h. zuläßt. Maßgebend sind dabei in erster Linie die angedrohten Hauptstrafen. Die Nebenstrafen kommen erst dann in Betracht, wenn eine Vergleichung der Hauptstrafen zu keinem Ergebnis führt. Bedenklich E 32, 439. Im übrigen ist zu unterscheiden:

1. die angedrohten Strafen sind gleichartig. Hier ist das Gesetz mit dem höheren Maximum selbst dann das strengere, wenn es ein niedrigeres Minimum hat als das konkurrierende. Vergl. z. B. §§ 156 und 263. Ebenso die herrschende Lehre und E 8, 18;
2. die angedrohten Strafen sind ungleichartig. Hier ist dasjenige Gesetz das strengere, welches die schwerste Strafart zuläßt. Abstufung: Todesstrafe — Zuchthaus — Gefängnis — Festung — Haft — Geldstrafe — Verweis. Selbst die allerdings haarsträubende Konsequenz, daß ein Tag Gefängnis schwerer ist als das Maximum der Festungsstrafe, wird sich angesichts des § 21 kaum ablehnen lassen. Ebenso Hälschner 1, 685, Olsh. 27.

V. **Exklusivität des strengsten Gesetzes.** — Ist hiernach entschieden, welches Gesetz das strengste ist, so ist lediglich dieses anzuwenden. Ein Gesetz anwenden heißt aber die darin festgesetzten Rechtsfolgen aussprechen. Aus § 73 darf daher nicht gefolgert werden, daß auch die Schuldigsprechung lediglich auf Grund des schwereren Gesetzes stattzufinden habe. Im Gegenteil ist der Richter verpflichtet, im Urteilstenor den Angeklagten wegen aller konkurrierenden Delikte schuldig zu erklären. Von praktischer Bedeutung ist die ausdrückliche Verurteilung wegen des minder schweren Delikts deshalb, weil sie geeignet ist, eine Rückfallsstrafe zu begründen. Z. B. Idealkonkurrenz zwischen schwerer Urkundenfälschung und Betrug (§§ 268. 263, vergl. § 264). So die herrschende Lehre. S. bes. E 18, 193 (mit der Ausführung, daß in der aus dem strengeren Gesetze entnommenen Bestrafung die wegen des leichteren Delikts mitenthalten sei) und 27, 86. A. A. v. Liszt und Heinemann vom Standpunkte ihrer unter II charakterisierten Auffassung der Idealkonkurrenz aus, während Wachenfeld im Ergebnis wesentlich mit der herrschenden Lehre übereinstimmt.

Dagegen zeigt sich die sog. Exklusivität des strengeren Gesetzes darin, daß die Strafe lediglich aus ihm zu entnehmen ist. Es wird somit das **Absorptionsprinzip** sanktioniert (poena maior absorbet minorem). Jede Kombinierung der Gesetze ist unzulässig. Wenn daher das in der Hauptstrafe mildere Gesetz eine Nebenstrafe androht, die dem strengeren unbekannt ist, so darf auf diese Nebenstrafe nicht erkannt werden. E 4, 218. 5, 420. 6, 180. 10, 206. (Im praktischen Ergebnis sind jedoch diese Entscheidungen deshalb unzutreffend, weil sie das Gebiet der Nebenstrafen zu weit ausdehnen. S. Vorbem. z. 1. Abschn. I, II und unten VI.)

VI. **Ausnahmen von der Exklusivität des strengsten Gesetzes.** — Der Grundsatz der exklusiven Anwendung des strengeren Gesetzes erleidet Ausnahmen.

1. Wenn zufolge einer mangelnden Prozeßvoraussetzung die Anwendung des strengeren Gesetzes ausgeschlossen ist, so kommt lediglich das mildere zur Anwendung. Wird bei Idealkonkurrenz von Beleidigung und grobem Unfug wegen der ersteren kein Strafantrag gestellt, so ist nicht nur die Schuldigsprechung, sondern auch die Bestrafung auf den groben Unfug zu beschränken. Umgekehrt entfällt die Schuldigsprechung wegen des leichteren Delikts, wenn etwa dieses, aber nicht das schwerere verjährt ist.
2. Die strenge Wortauslegung würde die Exklusivität des strengeren Gesetzes auch insofern

Digitized by Google

verlangen, als das mildere Gesetz neben der Strafe auch andere Deliktsfolgen (polizeiliche Maßregeln oder Privatgenugthuung) zuläßt. Die historische Interpretation führt jedoch zu dem Ergebnis, daß der Grundsatz des § 73 sich ausschließlich auf die Strafe bezieht und die alte Streitfrage der Absorption oder Komulation entscheiden soll. Daher läßt die herrschende Lehre die Anwendung des milderen Gesetzes neben dem strengeren insoweit zu, als es Nebenfolgen des Delikts androht, die nicht unter den Begriff der Strafe fallen. E 12, 223 (bezüglich der Buße). Vergl. R 8, 330 und Vorbem. z. 1. Abschn. I.

Ungerechtfertigt ist dagegen die von manchen, z. B. Olsh. 34, Hälschner 1, 686, Meyer 441, aufgestellte Behauptung, das mildere Gesetz sei insofern zu berücksichtigen, als aus ihm eine obligatorische Straferhöhung zu entnehmen sei. Vielmehr kann auch auf die Minimalstrafe des strengeren Gesetzes erkannt werden. E 18, 193. Dies muß selbst dann gelten, wenn die Minimalstrafe des strengeren Gesetzes niedriger ist, als die des milderen. S. o. IV 1. Ja, es muß sogar als zulässig erachtet werden, daß der Richter aus dem strengeren Gesetze eine wahlweise angedrohte mildere Strafe entnimmt, die dem sonst milderen nicht bekannt ist, z. B. bei Konkurrenz von falscher Versicherung an Eidesstatt (§ 156) mit Betrug (§ 263) auf Geldstrafe erkennt. Vergl. § 316.

VII. **Scheinbare oder unechte Idealkonkurrenz („Gesetzeskonkurrenz").** — In einer Reihe von Fällen ist die Idealkonkurrenz nur scheinbar vorhanden. Wann dies zutrifft, wird sich kaum in einer allgemeingiltigen Regel ausdrücken lassen. Es bedarf stets einer Auslegung der einzelnen in Betracht kommenden Gesetze. Ziemlich erschöpfend aber wird die Hervorhebung zweier Gruppen von Fällen scheinbarer Idealkonkurrenz sein.

1. Bei der ersten Gruppe fällt die Handlung zwar unter mehrere Gesetze, enthält aber nur den Thatbestand eines Delikts, weil die mehreren Gesetze selbst nicht mehrere Deliktsthatbestände, sondern nur Modifikationen desselben Thatbestandes enthalten. Dies gilt:
   a) für das qualifizierte und das privilegierte Delikt im Verhältnis zu dem Normalfall. Wer z. B. mittels Einsteigens stiehlt, begeht nur einen Diebstahl, mag sich auch seine Handlung nach zwei Gesetzesstellen (§§ 242. 243 Nr. 2) beurteilen;
   b) wenn in derselben Handlung mehrere Strafschärfungs- oder mehrere Strafmilderungsgründe zusammentreffen (z. B. § 223 a und § 224 — § 157 Nr. 1 und Nr. 2). Hierfür hat man gelegentlich den Ausdruck „Konkurrenz von Verbrechenselementen" vorgeschlagen. Beim Zusammentreffen mehrerer Strafschärfungsgründe ist für Bestimmung der Strafe derjenige maßgebend, welcher die schwerste, beim Zusammentreffen mehrerer Strafmilderungsgründe derjenige, welcher die mildeste Strafe zuläßt. Konkurrieren Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe untereinander (z. B. §§ 213 und 214 oder §§ 243 und 247), so ist das Verhältnis der konkurrierenden Gesetzesstellen im Wege der Auslegung zu ermitteln, ohne daß diese durch § 73 gebunden wäre. Durchaus übereinstimmend Binding, Grundriß 1, 138, während Olsh. 21 im Gegensatz zur herrschenden Lehre beim Zusammentreffen mehrerer Strafschärfungsgründe Idealkonkurrenz annimmt.
2. Bei der zweiten Gruppe fällt die Handlung nur scheinbar unter mehrere Gesetze, weil die Anwendbarkeit des einen die des andern ausschließt. Dies trifft zu:
   a) in den Fällen der Spezialität. Stehen zwei Gesetze im Verhältnis der lex specialis zur lex generalis, so gilt nicht § 73, sondern der Satz: lex specialis derogat legi generali. Ein Fall der Spezialität ist aber gegeben:
      α. wenn aus dem normalen Deliktsthatbestande ein Kreis von Fällen ausgesondert und zum del. s. g. gemacht wird. Z. B. § 242 und § 370 Nr. 5; § 267 und § 363; §§ 211. 212. 226 einerseits und § 206 anderseits;

Digitized by Google

β. wenn durch Vereinigung mehrerer Deliktsthatbestände ein zusammengesetztes Delikt gebildet wird. Z. B. §§ 240. 242 einerseits und § 249 anderseits;

γ. wenn der Thatbestand des einen Delikts bei dem andern als Strafschärfungsgrund verwendet wird. Z. B. §§ 223 und 251. Doch ist bei Anwendung dieses Satzes Vorsicht geboten. Wenn nämlich nur der objektive Thatbestand eines Delikts bei dem andern als objektiver Strafschärfungsgrund verwertet wird, sodaß ein durch den Erfolg qualifiziertes Delikt vorliegt, so ist Idealkonkurrenz möglich, z. B. zwischen §§ 211 und 307 Nr. 1. Vergl. darüber Vorbem. z. 16. Abschn. d. 2. Tls.;

b) in den Fällen der Subsidiarität. (Diese können auch den Ausschluß von Realkonkurrenz bewirken und haben z. T. nur für diese Bedeutung). Stehen mehrere Gesetze im Verhältnis der Subsidiarität, so gilt nicht § 73, sondern der Satz: lex primaria derogat legi subsidiariae. Das Subsidiaritätsverhältnis wird vielfach ausdrücklich hervorgehoben. Z. B. §§ 49 a. 207. 352 a, aber auch § 43 („wenn das beabsichtigte Verbrechen u. s. w. nicht zur Ausführung gekommen ist"). Versuchtes und vollendetes Delikt können daher niemals in einer Handlung konkurrieren. Bedenklich deshalb die vielfach, so auch von E 15, 281, vertretene Ansicht, daß, wenn ein Diebstahl mittels Erbrechens von Behältnissen versucht, alsbald aber ohne dieses Mittel vollendet wurde, Idealkonkurrenz zwischen versuchtem schweren und vollendetem einfachen Diebstahl vorliege; dagegen auch Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz (1900) 71; vergl. ferner Binding 1, 547; dafür aber Olsh. 18. — Häufig ist das Subsidiaritätsverhältnis nicht ausdrücklich hervorgehoben, wohl aber in der logischen Beziehung der Gesetze zu einander begründet. Hierher gehören folgende Fälle:

α. Wenn ein Gesetz ausnahmsweise eine bloße Vorbereitungshandlung für strafbar erklärt, so findet es keine Anwendung, falls die Handlung in das Stadium des Versuchs eingetreten oder wenn es vollendet worden ist. Daher ist Konkurrenz zwischen den Delikten aus § 201 und § 205 ausgeschlossen.

β. Wenn ein Gesetz schon die Gefährdung eines Objekts mit Strafe bedroht, so ist es subsidiär gegenüber demjenigen, welches die Verletzung desselben Objekts pönalisiert. Hat die im § 368 Nr. 5 behandelte Übertretung eine Brandstiftung zur Folge, so wird nur wegen dieser letzteren bestraft. Indessen läßt sich dieser Satz nicht ohne erhebliche Einschränkungen durchführen. Zunächst ist zu beachten, daß, wenn das Gesetz eine Handlung wegen ihrer Gefährlichkeit für unbestimmte Objekte mit Strafe bedroht, das in ihr liegende Gefährdungsdelikt mit dem Verletzungsdelikte konkurrieren kann. Z. B. § 366 Nr. 2 mit § 230. Denn der gemeingefährliche Charakter der Handlung findet in der Bestrafung wegen der Verletzung eines einzelnen Objekts keinen Ausdruck. Sodann kann sich die Möglichkeit einer Konkurrenz zwischen Gefährdungs- und Verletzungsdelikten aus der genaueren Regelung ergeben, die sie im Gesetz erfahren. Wenn z. B. § 366 Nr. 6 das Hetzen von Hunden auf Menschen ohne Antrag für strafbar erklärt, so muß diese Stelle auch dann anwendbar sein, wenn der Hund gebissen, der Hetzende also eine Körperverletzung begangen hat. Vergl. über die Frage bes. Köhler a. a. O. 83.

γ. Regelmäßig werden auch die Strafvorschriften gegen Anstiftung und Beihilfe als subsidiär gegenüber den die Thäterschaft betreffenden bezeichnet. Doch folgt hier der Ausschluß der Konkurrenz (idealer wie realer) schon daraus, daß Anstiftung und Beihilfe nur zu der That eines andern in Betracht kommen. E 26, 198. Dagegen muß allerdings angenommen werden, daß die Strafvorschriften gegen Beihilfe zurücktreten gegenüber den gegen die Anstiftung gerichteten. Denn ebenso wie der Thäter begeht auch der Teilnehmer nur eine

Digitized by Google

strafbare Handlung, wenn er mehrere Bedingungen zu demselben Erfolge setzt. Dieser Analogieschluß ist unabweisbar. Ebenso die meisten. S. bes. Freudenthal a. a. O. (o. II) 61 ff. 79 ff. Abweichend jedoch Olsh. 18, welcher Idealkonkurrenz zuläßt. Mit Recht aber stellt jetzt E 33, 401 den schon längst von v. Liszt § 53 vertretenen Satz auf, daß bei mehrfacher Beteiligung einer Person an demselben Delikt stets nur diejenige Teilnahmeform in Betracht kommt, welche die schwerste Strafbarkeit ergiebt;

c) in den Fällen der Konsumtion. Diese ist hauptsächlich in zwei Fällen anzunehmen:

α. wenn das eine Delikt ein begrifflich notwendiges Durchgangsstadium für ein anderes bildet. In diesem Verhältnisse stehen Körperverletzung und Tötung (Konsumtion des voraufgehenden Delikts durch das folgende). Übrigens ist die Abgrenzung dieser Fälle von deren der Spezialität flüssig. Insbesondere kann man die oben VII 2 a β erwähnten zusammengesetzten Delikte auch hierher rechnen;

β. wenn eine spätere Handlung lediglich als Teiläußerung einer Schuld erscheint, die schon zum Thatbestande eines voraufgehenden Delikts gehört (Konsumtion des folgenden Delikts durch das voraufgehende). Eignet sich z. B. der Dieb die gestohlene Sache nachträglich wirklich zu, so kann er nicht noch besonders wegen Unterschlagung bestraft werden; ebensowenig wegen Sachbeschädigung, wenn er die gestohlene Sache zerstört; noch auch wegen Verletzung des Briefgeheimnisses, wenn er den gestohlenen Brief erbricht. Das Entsprechende gilt, wenn der Sachbeschädigung usw. eine Unterschlagung vorausgegangen ist. Aus dem gleichen Grunde macht sich der Wilderer durch Veräußerung des erlegten Wildes keiner Unterschlagung schuldig. (Selbstverständlich kann diese Frage nur auftauchen, wenn man annimmt, daß der Wilderer durch die Besitzergreifung das Eigentum für den Jagdberechtigten erwirbt. Vergl. BGB § 958).

Einen eigenartigen Fall der Konsumtion enthalten §§ 205. 206, insofern der Zweikampf die Tötung und die Körperverletzung aufzehrt.

Bei scheinbarer Idealkonkurrenz gilt die Exklusivität eines Gesetzes noch strenger als bei der echten. Vergl. Vorbem. III. z. 17. Abschn. d. 2. Tls. — Über die ganze, sehr bestrittene Lehre s. außer dem Zitierten bes. noch Binding 1, 349, Pflaum, Über Gesetzeskonkurrenz (1898), Rosenfeld, Die Nebenklage (1900).

§ 74.

Gegen denjenigen, welcher durch mehrere selbständige Handlungen mehrere Verbrechen oder Vergehen, oder dasselbe Verbrechen oder Vergehen mehrmals begangen und dadurch mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt hat, ist auf eine Gesamtstrafe zu erkennen, welche in einer Erhöhung der verwirkten schwersten Strafe besteht.

Bei dem Zusammentreffen ungleichartiger Freiheitsstrafen tritt diese Erhöhung bei der ihrer Art nach schwersten Strafe ein.

Das Maß der Gesammtstrafe darf den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen und funfzehnjähriges Zuchthaus, zehnjähriges Gefängnis oder funfzehnjährige Festungshaft nicht übersteigen.

I. **Wesen der Realkonkurrenz im allgemeinen.** — Die Realkonkurrenz teilt mit der Idealkonkurrenz die Einheit des Thäters und die Mehrheit der Delikte. Während aber

Digitized by Google

bei der Idealkonkurrenz die mehreren Delikte durch eine Handlung begangen werden, fordert die Realkonkurrenz gerade umgekehrt mehrere selbständige Handlungen, die entweder einheitlich abgeurteilt werden (§ 74) oder doch einheitlich hätten abgeurteilt werden können (§ 79). Ebenso wie die Idealkonkurrenz ist die Realkonkurrenz entweder eine gleichartige oder eine ungleichartige. Über nur scheinbare Realkonkurrenz s. u. V.

II. **Rechtliche Behandlung der Realkonkurrenz.** — Die Fälle der Realkonkurrenz werden im Gegensatze zu denen der Idealkonkurrenz niemals nach dem Absorptionsprinzip, sondern grundsätzlich noch dem (wenn auch gemilderten) **Kumulationsprinzip** behandelt, d. h. die verwirkten Einzelstrafen werden einfach addiert. Quot delicta tot poenae. Ausnahmsweise findet jedoch das **Asperationsprinzip** Anwendung, bestehend in der Verschärfung der schwersten Einzelstrafe, nämlich dann, wenn mehrere gleichartige oder ungleichartige Verbrechen oder Vergehen konkurrieren und dadurch mehrere zeitige Freiheitsstrafen verwirkt sind. Von den Delikten stehen also die Übertretungen und von den Strafen Todesstrafe, Geldstrafe und Verweis immer unter der Herrschaft des Kumulationsprinzips, und auch bei der Konkurrenz mehrerer wegen Verbrechen oder Vergehen erkannter zeitiger Freiheitsstrafen kehrt in den Fällen der §§ 75. 77 die Ausnahme zu der Regel des Kumulationsprinzips zurück. Können auch die kumulierten Strafen nicht immer sämtlich vollstreckt werden, so hat ihre Verhängung doch insofern Bedeutung, als in ihr ein Werturteil über die Delikte zum Ausdrucke kommt.

III. **Das Asperationsprinzip insbesondere.** — Soweit das Asperationsprinzip gilt, wird es in der Art ausgeübt, daß die sämtlichen konkurrierenden Delikte mit einer Strafe abgethan werden. Daher Gesamtstrafe. Der für diese zulässige Rahmen wird in folgender Weise bestimmt.

1. Minimum. Das Gericht hat sich zunächst darüber schlüssig zu machen, wegen welches der konkurrierenden Delikte die schwerste Strafe (nicht angedroht, sondern) verwirkt ist. Schwerste Strafe aber ist die der Art, bei Gleichartigkeit die der Dauer nach schwerste. Vergl. § 73 IV 2. Sie bildet die Einsatzstrafe und muß um eine Zusatzstrafe erhöht, d. h. in ihrer Dauer verlängert werden. Vergl. Abs. 2. Dabei ist keineswegs erforderlich, daß in der Zusatzstrafe die sämtlichen Einzelstrafen zum Ausdrucke kommen. Sind z. B. wegen dreier Vergehen 1 Jahr, 2 Wochen und 1 Woche Gefängnis verwirkt, so ist es durchaus zulässig, auf eine Gesamtstrafe von 1 Jahr und 1 Tag Gefängnis zu erkennen. Vergl. Reiffel, GS. **40**, 217 ff.
2. Das Maximum der Gesamtstrafe ist doppelt bestimmt: als absolutes und als relatives. Als absolutes darf es 15jähriges Zuchthaus, 10jähriges Gefängnis oder 15jährige Festungshaft nicht übersteigen, als relatives den Betrag der verwirkten Einzelstrafen nicht erreichen. Sind diese ungleichartig, so bedarf es zur Bestimmung des relativen Maximum zunächst einer Umrechnung der leichteren in die schwerere Strafart gemäß § 21. Bei Bestimmung der Gesamtstrafe kann es notwendig werden, die Zuchthausstrafe unter einem Monate zu bemessen (Ausnahme von § 19 Abs. 2). So die herrschende Lehre. Dagegen läßt es diese inkonsequenterweise niemals zu, daß die Gesamtstrafe nach Bruchteilen von Tagen bemessen werde. Bei 1 Tag + 1 Tag Gefängnis ist daher nach E **30**, 141 die Verhängung einer Gesamtstrafe unmöglich, so daß es im ganzen bei 1 Tag sein Bewenden haben müsse. Das Entsprechende müßte aber auch gelten bei 1 Jahr + 1 Tag Gefängnis. — Im übrigen dürfte es gleichgiltig sein, ob die Gesamtstrafe rechnerisch durch Erhöhung der schwersten oder durch Reduktion der minder schweren Strafen gefunden wird. A. A. Reiffel a. a. O.

Die Vollstreckung der Gesamtstrafe liegt nach einem Bundesratsschlusse v. 11./6 1865 (Centralbl. f. d. Deutsche Reich S. 270, abgedruckt bei Binding, Grundriß **1**, 248) demjenigen Staate ob, dessen Gericht sie, sei es in regelmäßiger Form, sei es in Form einer

Digitized by Google

Zusatzstrafe (§ 79), verhängt hat. Vergl. dazu Verf. des preuß. Justizministers im Justizministerialbl. 1900 S. 431.

IV. **Verhältnis der Einzelstrafen zur Gesamtstrafe.** — Daß sich der Richter über jede Einzelstrafe (am richtigsten im Tenor, nicht bloß in den Gründen; a. A. Olsh. 11) auszusprechen hat, ist schon deshalb erforderlich, weil sonst die Möglichkeit einer Nachprüfung ausgeschlossen würde. R 1, 102. Auf der gleichen Auffassung beruht auch BGB § 1680. Sehr bestritten aber ist die Frage, welche Bedeutung den Einzelstrafen gegenüber der Gesamtstrafe zukommt. Nach der einen Ansicht sind sie nur Rechnungsgrößen. E 2, 202, R 7, 378. Nach der andern haben sie selbständige rechtliche Bedeutung. So E 4, 140. 25, 297 (vereinigte Strafsenate). 26, 167, Olsh. 20, Löwe-Hellw. zu StPO § 372, Katz, GS 36, 589. Erwägt man, daß die Bestimmungen über die Gesamtstrafe den Zweck haben, die sich beim Strafvollzuge ergebenden Härten des Kumulationsprinzips zu mildern, so verdient die letztere Meinung den Vorzug. Vergl. auch hier BGB § 1680. Daraus folgt, daß die Aufhebung des Urteils wegen eines der konkurrierenden Delikte auf die für das andere bestimmte Strafe ohne Einfluß ist, insofern also das erstinstanzielle Urteil rechtskräftig wird. Außerdem aber muß (gegen die herrschende Lehre) die Konsequenz gezogen werden, daß die Vollstreckungsverjährung (§ 70) nicht nach der Gesamtstrafe, sondern nach den Einzelstrafen zu berechnen und daß, wenn etwa die Einsatzstrafe im Gnadenwege erlassen wird, die daneben ausgesprochene mildere Einzelstrafe unverkürzt zu vollziehen ist. Sind in diesem Falle der milderen Einzelstrafen mehrere, so wird es einer neuen Entscheidung gemäß StPO § 490 bedürfen.

V. **Scheinbare oder unechte Realkonkurrenz.** — Das Gesetz fordert zur Realkonkurrenz mehrere selbständige Handlungen. Nimmt man den § 73 hinzu, so scheint es, als ob das Gesetz unterschiede zwischen einer Handlung, mehreren unselbständigen und mehreren selbständigen Handlungen. Bei Begehung mehrerer Delikte durch eine Handlung läge Idealkonkurrenz vor, bei Begehung durch mehrere selbständige Handlungen Realkonkurrenz — dagegen bliebe der Fall ungeregelt, daß die mehreren Delikte durch mehrere unselbständige Handlungen begangen werden. Eine derartige Gesetzeslücke darf die Auslegung ohne die zwingendste Notwendigkeit nicht annehmen. Zu durchaus befriedigenden Ergebnissen gelangt man, wenn man das Gesetz so versteht, daß es mehrere unselbständige Handlungen als eine Handlungseinheit auffaßt. Ebenso Olsh. 6, Oppenh.-Del. 2 zu § 73.

Es fragt sich deshalb: wann fehlt es den mehreren Handlungen an der Selbständigkeit?

1. Alle Thätigkeitsakte, die in ihrer Gesamtheit die Ausführungshandlung darstellen, sind als unselbständige Handlungen, mithin zusammen als eine einzige Handlung anzusehen. Daraus folgt: erscheint eine Thätigkeit als Bestandteil der Ausführung mehrerer Delikte, so stehen diese im Verhältnis der Idealkonkurrenz. Zum Wesen der Ausführung gehört aber, daß die einzelne Thätigkeit für die mehreren Delikte kausal ist. Bloßes zeitliches Zusammenfallen genügt nicht. A. A. Binding 1, 575, Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen (1901) 233, nach welchem ununterbrochene zeitliche Aufeinanderfolge zur Annahme der Handlungseinheit genügen soll. Verursacht der Dieb durch sein Verhalten beim Einsteigen einen Brand, oder wird der widerrechtlich Festgenommene in Überwindung seines Widerstandes körperlich verletzt, so konkurrieren dort ideell schwerer Diebstahl und Brandstiftung, hier Freiheitsberaubung und Körperverletzung. E 25, 147. Benutzt dagegen der Thäter nur die Gelegenheit des einen Delikts zur Begehung eines andern, so fehlt es an der Einheitlichkeit der Handlung. Z. B. bei der Widerstandsleistung wird der Beamte beleidigt. E 10, 53. Vergl. auch E 30, 67. 396. 31. 114. 32, 137. 384. In dem vorletzten dieser Urteile stellt das RG den Satz auf: die Willensbethätigungsakte müssen derartig zusammenfallen, daß ein Teil der einheitlichen Handlung zur Herstellung des Thatbestandes

Digitized by Google

der mehreren Delikte mitwirkt, — und verneint daher Idealkonkurrenz, wenn der widerrechtlich in ein fremdes Haus Eingedrungene dort ein Sittlichkeitsdelikt begeht. A. A. Binding 1, 562.

Aus dem Gesagten folgt, daß bei Idealkonkurrenz die mehreren Delikte eine Ausführungshandlung gemeinschaftlich haben müssen und daß Realkonkurrenz vorliege, wenn sie sich nur in einer Thätigkeit berühren, die zwar hinsichtlich des einen Delikts als Ausführungshandlung, hinsichtlich des andern aber lediglich als Vorbereitungshandlung erscheint. Z. B.: ich stehle einen Revolver, mit welchem ich demnächst jemanden töte. Dieses Ergebnis deckt sich genau mit dem Wortlaute des § 73. Übereinstimmend namentlich Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen (1901) 217 und R 8, 762.

2. Ist eine Handlung für sich allein nicht strafbar, so fehlt es ihr an der Selbständigkeit. Daher können mehrere Teilnahmehandlungen weder unter sich, noch mit einer Thäterhandlung in Realkonkurrenz treten. Darüber, daß in diesem Falle auch Idealkonkurrenz ausgeschlossen ist, s. § 73 VII 2 b γ. Aus dem gleichen Grunde können die in KO §§ 239. 240 aufgeführten Modalitäten des strafbaren Bankbruchs in Beziehung auf dieselbe Konkurseröffnung untereinander nicht in Konkurrenz treten. So im Ergebnis die herrschende Lehre.
3. Eine Handlung, durch die der Thatbestand eines lediglich subsidiär anwendbaren Gesetzes erfüllt wird, hat keine rechtliche Selbständigkeit gegenüber derjenigen, durch die der Thatbestand des primär geltenden erfüllt wird. Vergl. § 73 VII 2b.
4. Unselbständig ist die den Tatbestand des konsumierenden Delikts erfüllende Handlung gegenüber derjenigen, die dem Thatbestand des konsumierenden entspricht. Vergl. § 73 VII 2c.
5. Rechtliche Selbständigkeit fehlt ferner solchen Handlungen, die kraft gesetzlicher Vorschrift zu einer Einheit zusammengefaßt werden (sog. gesetzliche Einheit nach v. Buri. Z. B. §§ 174. 176 („unzüchtige Handlungen") § 205 (Zweikampf). Besonders aber gehören hierher:
   a) die Kollektivdelikte. Das Wesen derselben besteht darin, daß verschiedene Einzelhandlungen, weil sie Ausfluß der gleichen Lebensrichtung sind, zu einer Einheit verbunden werden. S. Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz 91. So bei gewerbs-, gewohnheits- oder geschäftsmäßiger Begehung. Z. B. §§ 144. 260. 302d. Dabei bedeutet Gewerbsmäßigkeit die Absicht, sich durch wiederholte Begehung eine Einnahmequelle zu verschaffen. Absicht aber bezeichnet den erstrebten Erfolg. Gewinnsucht oder ein anderes Motiv gehört nicht zum Begriffe. Es kommt also nicht darauf an, ob einem bestimmten realen Bedürfnisse durch die Handlung abgeholfen werden soll. E 33, 237. Die erwähnte Absicht kann der Richter schon aus einer Einzelhandlung schließen. Es ist also zur Verurteilung nicht erforderlich, daß mehrere Handlungen der betreffenden Art begangen worden sind. E 12, 388. — Die Geschäftsmäßigkeit ist nahe verwandt. Sie bezeichnet die Absicht, eine Handlung wiederholt und zwar in der Art zu begehen, daß darauf Zeit und Mühe verwendet wird. Vergl. Olsh. 1 zu § 144. Die Absicht, sich eine Einnahmequelle zu verschaffen, gehört nicht zum Begriffe. — Gewohnheitsmäßigkeit dagegen bedeutet den aus öfterer Begehung entstandenen, fortwährenden Hang zu wiederholter Begehung. E 32, 394. Hier ist also der Nachweis öfterer Begehung erforderlich. Darüber, daß auch fortgesetzte Delikte gewohnheitsmäßig begangen werden können, s. E 34, 310. A. A. Binding, Grundriß 1, 131;
   b. das fortdauernde oder Dauerdelikt. Das Wesen desselben besteht darin, daß nicht nur die Herbeiführung des rechtswidrigen Zustandes, sondern auch dessen Aufrechterhaltung zum Thatbestande gehört, das Delikt also solange begangen

Digitized by Google

wird, als der rechtswidrige Zustand fortdauert. Z. B. Freiheitsberaubung (§ 239). Hier bildet die Begründung des rechtswidrigen Zustandes mit seiner Aufrechterhaltung eine einheitliche Handlung.

6. Endlich kann einer Handlung die Selbständigkeit deshalb fehlen, weil sie sich nur als Fortsetzung einer früheren darstellt. Auf diesem Gedanken beruht der Begriff des fortgesetzten Delikts. Die Entwicklung des sehr bestrittenen Begriffs hat von den einfachsten Verhältnissen auszugehen.

Leert jemand in diebischer Absicht ein Behältnis aus, so kann offenbar die Frage, ob ein oder mehrere Diebstähle vorliegen, nicht von der Zahl der Diebsgriffe abhängen, die zufällig dieser Thäter nötig hatte, um zum Ziele zu gelangen. Auch eine größere oder geringere zeitliche Differenz zwischen den einzelnen Griffen kann nicht maßgebend sein. Der schwache Dieb muß erst einen Teil der Beute nach Hause tragen, dann erst kehrt er zurück und stiehlt weiter, der starke bleibt am Orte der That in ununterbrochener Thätigkeit — es ist nicht abzusehen, weshalb jener mehrere Diebstähle, dieser aber nur einen begangen haben soll.

In ähnlicher Weise spricht man trotz mehrerer Schläge nur von einer Körperverletzung, trotz mehrerer Schimpfwörter nur von einer Beleidigung.

Was in all diesen Fällen die Handlung als eine einheitliche, als eine fortgesetzte erscheinen läßt, ist die Einheitlichkeit des Erfolgs. Diese allein genügt aber nicht. Es muß vielmehr hinzukommen entweder Einheitlichkeit des Vorsatzes, oder daß die Einzelakte unter Benutzung derselben Gelegenheit oder desselben dauernden Verhältnisses begangen werden.

a) Zur Einheitlichkeit des Erfolgs gehört zweierlei:

α. Einheitlichkeit des verletzten Rechtsguts. Wer die Waffe stiehlt, mit der er einen andern tötet, begeht Diebstahl und Mord in Realkonkurrenz (vergl. o. 1). Unzutreffend wäre die Vereinheitlichung zweier Handlungen nur um deswillen, weil die eine das Mittel zur Begehung der andern bildete. Anderseits steht der Umstand, daß ein Rechtsgut in der Person mehrerer Träger verletzt wird, nach der herrschenden Lehre dem fortgesetzten Delikte nur dann entgegen, wenn das Rechtsgut ein höchst persönliches ist (Leben, Freiheit, Ehre, leibliche Unversehrtheit; E 17, 103. 27, 19). Deshalb wird nur ein Diebstahl angenommen, wenn der Thäter auf der Bleiche zwei verschiedenen Eigentümern gehörige Wäschestücke mit mehreren Griffen wegnimmt. Indessen dürfte mit Rathenau der wahre Grund darin zu finden sein, daß nur ein Gewahrsam gebrochen wird. Daher liegen mehrere Diebstähle vor, wenn der Thäter auf einem Jahrmarkte die Taschen mehrerer Personen ausleert. — Ebensowenig steht nach der Ansicht des RG's der Umstand entgegen, daß die Einzelhandlungen verschiedenartige Deliktsthatbestände erfüllen. Z. B. Verfälschung von Nahrungsmitteln zum Zwecke der Täuschung im Verkehr und nachträglicher Betrug durch Verkauf. In derartigen Fällen liegt wegen Einheit der Handlung Idealkonkurrenz vor (Nahrungsmittelgesetz § 10 Nr. 1, StGB § 263). E 3, 311. 11, 356. 25, 101. 31, 150.

β. Das Rechtsgut muß eine quantitativ abstufbare Verletzung zulassen in dem Sinne, daß die nachfolgende Einzelhandlung eine Vergrößerung der durch die voraufgehende zugefügten Verletzung bewirkt. Deshalb erscheint die Körperverletzung durch mehrere aufeinander folgende Schläge als eine Handlung, nicht aber normalerweise die Körperverletzung in größeren Zwischenräumen. S. auch das u. b angeführte Schulbeispiel des an verschiedenen Tagen bewirkten Zigarrendiebstahls.

b) Einheitlichkeit des Vorsatzes bedeutet: die Einzelakte müssen dazu bestimmt sein, den einheitlich vorgestellten Erfolg zu verwirklichen. Z. B.: Der Diener hat es auf hundert Zigarren abgesehen, um aber die Entdeckung zu vermeiden, ent-

Digitized by Google

wendet er täglich nur eine. E 15, 23. 17, 103. 23, 300. 30, 163. Wegen Einheitlichkeit des Vorsatzes ist es namentlich auch möglich, mehrere zeitlich getrennte Versuchshandlungen als fortgesetztes Delikt zu behandeln, desgleichen eine zeitlich von der Vollendung getrennte Versuchshandlung mit dieser in derselben Weise zu vereinigen. Daß mehrere Versuchshandlungen, die sich in zeitlicher Kontinuität aneinander oder an die Vollendung anschließen, unter sich oder mit dieser nur ein Delikt bilden, ist sicher. Dasselbe gilt, wenn die einzelnen Versuchshandlungen untereinander im Kausalzusammenhang stehen, z. B. Durchstechung eines Dammes in mehreren aufeinander folgenden Nächten. Bedenklich die im Arch. 44, 50. 261 abgedruckten Entscheidungen des RG's, welche bei zeitlich getrennten Versuchs- und Vollendungshandlungen Realkonkurrenz annehmen. Immerhin stimmen diese Urteile im Ausgangspunkte mit der hier vertretenen Ansicht überein. Denn sie lehnen die Annahme eines fortgesetzten Delikts nur deshalb ab, weil es an der Einheit des Vorsatzes fehle. (Die ältere Lehre sprach nicht von Einheitlichkeit des Vorsatzes, sondern des Entschlusses.)

c) Auch ohne Einheitlichkeit des Vorsatzes liegt ein fortgesetztes Delikt dann vor, wenn die Einzelhandlungen bei derselben Gelegenheit oder unter Ausnutzung desselben dauernden Verhältnisses begangen werden. Z. B.: Der Einbrecher, der es nur auf Geld abgesehen hatte, nimmt auch eine vorgefundene Uhr mit. Oder: Die Stiefmutter, die sich keine wiederholte Mißhandlung des Kindes vorgenommen hat, prügelt es doch täglich, so daß es schließlich in Siechthum verfällt. — Diesen letztern Punkt beachtet die herrschende Lehre formell nicht. Sie kommt aber zu dem gleichen Ergebnis, indem sie (sehr unklar!) behauptet, der Vorsatz (b) könne sich auch im Laufe der Handlung auf den ganzen Erfolg erstrecken.

Dagegen ist auf die von verschiedenen Seiten (besonders Rathenau) geforderte Gleichartigkeit der Begehung kein Gewicht zu legen. Man wird nicht zweifeln, daß, wenn der Dieb bei derselben Gelegenheit aus demselben Zimmer Sachen teils mit teils ohne Erbrechen von Behältnissen entwendet, nur ein Diebstahl vorliegt. Allerdings ist dann der ganze Diebstahl ein schwerer. Übereinstimmend bes. E 31, 150.

Aus der sehr umfangreichen Litteratur sind außer Binding 1, 540 ff., v. Liszt § 55, hervorzuheben: Merkel, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen (1862), v. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen (1879), v. Lilienthal, Beiträge zur Lehre von den Kollektivdelikten (1879), Bünger, Ztschr. 8, 520 ff. 661 ff., Wachenfeld, Theorie der Verbrechenskonkurrenz (1893), Neuburger, Das fortgesetzte Verbrechen (1896), Rathenau, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen (1896), derselbe, GS 56, 81 ff., Farnbacher, Der Begriff des sog. fortgesetzten Verbrechens (1897), Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen (1901). Der letztere Schriftsteller legt das Hauptgewicht auf die zeitliche Kontinuität der einzelnen Thätigkeitsakte unter Ablehnung der Einheitlichkeit sowohl des Erfolgs (Rechtsguts) als auch des Vorsatzes. Von diesem Standpunkte aus gelangt er teils zu einer wesentlich weiteren, teils zu einer wesentlich engeren Fassung des Begriffs.

Die vielfach (so bes. Olsh. 9 zu § 73, v. Liszt § 54, auch die früheren Auflagen dieses Kommentars) vertretene Ansicht, daß die unter 1—6 behandelten Fälle in jeder Beziehung als Einheit aufzufassen seien, läßt sich nicht aufrecht erhalten. Insbesondere ist es beim fortgesetzten Delikt möglich, daß ein dritter nur bei einem einzelnen Akt als Teilnehmer, auch Mitthäter, Begünstiger oder Hehler erscheint. E 17, 227. 34, 5. 47. Dagegen tritt bei der Berechnung des Wertes (§§ 247 370. Nr. 5) die Einheit deshalb in den Vordergrund, weil gerade die Einheit des Erfolges das fortgesetzte Delikt charakterisiert. Wegen des Strafantrags s. § 61 VIII 2, wegen der Verjährung § 67 II. Sind die einzelnen Akte an verschiedenen Orten, jedoch sämtlich im Inlande vollzogen worden, so ist gemäß

Digitized by Google

StPO § 13 ein Gerichtsstand bei dem Gerichte jedes Ortes für das ganze fortgesetzte Delikt begründet. Liegt ein Begehungsort im Auslande, so darf der betr. Akt im Inlande nur dann zur Konstruktion des Kollektiv- oder fortgesetzten Delikts benutzt werden, wenn er im Inlande verfolgbar ist. Wegen der (abgesehen vom Verjährungsfalle, wenig praktischen) Frage nach der zeitlichen Bestimmung des fortgesetzten Delikts s. Kitzinger, Ort und Zeit der Handlung (1902) 233 ff., welcher besonders energisch die Vielheit betont.

§ 75.

Trifft Festungshaft nur mit Gefängnis zusammen, so ist auf jede dieser Strafarten gesondert zu erkennen.

Ist Festungshaft oder Gefängnis mehrfach verwirkt, so ist hinsichtlich der mehreren Strafen gleicher Art so zu verfahren, als wenn dieselben allein verwirkt wären.

Die Gesamtdauer der Strafen darf in diesen Fällen funfzehn Jahre nicht übersteigen.

I. Die Stelle enthält eine Ausnahme von dem im § 74 für das Zusammentreffen zeitiger Freiheitsstrafen ausgesprochenen Asperationsprinzip. Der Charakter der Festungshaft als einer custodia honesta soll bei der Konkurrenz mit Gefängnisstrafe gewahrt werden. Konkurriert dagegen Zuchthaus, so findet diese Rücksicht nicht statt.

II. In dem im § 75 vorgesehenen Falle gilt mithin das Kumulationsprinzip. Dasselbe wird jedoch durch folgende Bestimmungen gemildert.

1. Mehrfache Festungs- oder mehrfache Gefängnisstrafe sind beiderseits nach dem Asperationsprinzip zu behandeln (Abs. 2). Z. B.: 2 Jahre Festung + 1 Jahr Festung + 3 Jahre Gefängnis + 1 Jahr Gefängnis = 2 Jahre 6 Monate Festung und 3 Jahre 6 Monate Gefängnis. Hinsichtlich der Reihenfolge der Verbüßung entscheidet das Ermessen der Strafvollstreckungsbehörde.
2. Die Gesamtdauer der Festungs- und der Gefängnisstrafe darf 15 Jahre nicht übersteigen. Welche Strafe zutreffendenfalls zu verkürzen ist, entscheidet das Gericht nach freiem Ermessen. Ebenso Olsh. 4. Dagegen nehmen Hälschner 1, 690, Rüd.-Stengl. 3 an, daß die Reduktion gleichmäßig bei beiden Strafen platzgreifen müsse.

§ 76.

Die Verurteilung zu einer Gesamtstrafe schließt die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte nicht aus, wenn diese auch nur neben einer der verwirkten Einzelstrafen zulässig oder geboten ist.

Ingleichen kann neben der Gesamtstrafe auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden, wenn dieses auch nur wegen einer der mehreren strafbaren Handlungen statthaft ist.

Kann Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte oder Zulässigkeit von Polizeiaufsicht neben der Einsatzstrafe ausgesprochen werden, so ist das Gleiche selbstverständlich auch neben der Gesamtstrafe statthaft. Zum mindesten zweifelhaft aber wäre es, ob auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und Polizeiaufsicht auch dann erkannt werden dürfte, wenn diese Maßregeln nur neben einer andern Einzelstrafe zulässig sind. Dieser Zweifel wird durch § 76 in bejahendem Sinne entschieden. Dabei folgt aus dem Wortlaute:

1. Die Zeitdauer des Verlustes der bürgerlichen Ehrenrechte richtet sich nach dem Charakter der Gesamtstrafe. Denn sie ist neben dieser erkannt (vergl. § 32 Abs. 2).

Digitized by Google

2. Bei Gefängnisstrafe ist eine Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte schon dann zulässig, wenn eine Einzelstrafe, neben welcher sie statthaft ist, die Dauer von drei Monaten übersteigt (vergl. § 32 Abs. 1).
3. Auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und Zulässigkeit von Polizeiaufsicht ist stets nur einmal zu erkennen.

Umgekehrt folgt, daß andere neben den milderen Einzelstrafen vorgesehene Nebenstrafen und sonstige Deliktsfolgen nicht statthaft sind. Abweichend die herrschende Lehre, die ohne Grund hier andere Auslegungsregeln befolgt als beim § 45. Zuzugeben ist nur, daß die Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter als beschränkter Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte wie dieser selbst zu behandeln ist.

§ 77.

Trifft Haft mit einer anderen Freiheitsstrafe zusammen, so ist auf die erstere gesondert zu erkennen.

Auf eine mehrfach verwirkte Haft ist ihrem Gesamtbetrage nach, jedoch nicht über die Dauer von drei Monaten zu erkennen.

Die Haftstrafe steht unter dem Kumulationsprinzip, das jedoch durch Abs. 2 gemildert ist.

§ 78.

Auf Geldstrafen, welche wegen mehrerer strafbarer Handlungen allein oder neben einer Freiheitsstrafe verwirkt sind, ist ihrem vollen Betrage nach zu erkennen.

Bei Umwandlung mehrerer Geldstrafen ist der Höchstbetrag der an die Stelle derselben tretenden Freiheitsstrafe zwei Jahre Gefängnis und, wenn die mehreren Geldstrafen nur wegen Übertretungen erkannt worden sind, drei Monate Haft.

I. Die Geldstrafe steht unter dem Kumulationsprinzip, das nur insofern gemildert wird, als die Gesamtdauer der hilfsweise eintretenden Freiheitsstrafen die im zweiten Absatz angegebenen Grenzen nicht übersteigen darf. Unter Berücksichtigung des § 21 ergiebt sich, daß der Maximalbetrag mehrerer subsidiärer Zuchthausstrafen (§ 28 Abs. 3) nicht höher sein darf, als 16 Monate. Der nach § 28 Abs. 2 mögliche Fall, daß einer Geldstrafe auch bei einem Vergehen nur Haft substituiert wird, findet infolge eines Redaktionsversehens keine ausdrückliche Beachtung (§ 28 Abs. 2 wurde erst im Laufe der Beratungen eingeschoben). Mit Recht erklären aber E 5, 371. 7, 368, daß eine unbeschränkte Kumulationsfähigkeit der subsidiären Haftstrafe unzulässig sei und auch hier der Gesamtbetrag von 3 Monaten nicht überschritten werden dürfe. Auf dem Wege der Analogie folgt aber weiter, daß die Grenze von zwei Jahren für die Gesamtdauer der subsidiären Freiheitsstrafen auch dann gilt, wenn diese teils Gefängnis-, teils Haftstrafen sind. Ebenso Oppenh.-Del. 3. A. A. Olsh. 3.

II. Eine Vereinigung mehrerer subsidiärer Freiheitsstrafen zu einer Gesamtstrafe findet niemals statt.

§ 79.

Die Vorschriften der §§ 74 bis 78 finden auch Anwendung, wenn, bevor eine erkannte Strafe verbüßt, verjährt oder erlassen ist, die Ver-

Digitized by Google

urteilung wegen einer strafbaren Handlung erfolgt, welche vor der früheren Verurteilung begangen war.

I. **Die Tragweite der Stelle im allgemeinen.** — Die §§ 74—78 legen der Realkonkurrenz eine strafmildernde Wirkung bei. Ob aber die mehreren Delikte einheitlich abgeurteilt werden, ist bald von Zufälligkeiten, bald von prozessualen Zweckmäßigkeitserwägungen abhängig. Daher erscheint es als ein Gebot der Gerechtigkeit, Strafmilderung auch dann eintreten zu lassen, wenn die mehreren Delikte zwar nicht einheitlich abgeurteilt werden, aber doch einheitlich hätten abgeurteilt werden können. Dies aber ist der Fall, wenn jemand wegen einer strafbaren Handlung verurteilt worden ist und nunmehr wegen eines Delikts zur Verantwortung gezogen wird, das er vor der früheren Verurteilung begangen hat. Für derartige Fälle schreibt § 79 vor, daß die Bestimmungen über Realkonkurrenz (also Asperation oder gemilderte Kumulation) Anwendung finden sollen. Z. B.: A begeht am 1./4 einen Diebstahl, am 10./4. einen Betrug. Wegen des Diebstahls wird er am 1./6 zu einem Jahr Gefängnis verurteilt und darauf am 1./8 wegen des Betrugs vor Gericht gestellt.

II. **Die Dispositive des § 79 hängt von positiven und von negativen Bedingungen ab.**

1. Positive Bedingung ist, daß gegen denselben Angeklagten früher ein verurteilendes Erkenntnis ergangen ist, und daß nunmehr ein Delikt in Frage steht, das er vor der früheren Verurteilung begangen haben soll. Ob der früheren Verurteilungen eine oder mehrere sind, ist gleichgiltig; auch findet die Stelle dann Anwendung, wenn das frühere Urteil von einem andern Gericht erlassen worden ist. Die bestrittene Frage, ob Verurteilung gleichbedeutend ist mit „rechtskräftiger Verurteilung" oder mit „Verkündung des Strafurteils", ist mit Rücksicht auf den Zweck der Bestimmung im letzteren Sinne zu beantworten. So die herrschende Lehre, vergl. E 3, 213. (War das erste „Urteil" ein Strafbefehl, so ist die Zeit der Zustellung maßgebend). Z. B.: A wird wegen Diebstahls zu 1 Monat Gefängnis verurteilt und ficht das Urteil mit der Berufung an; während die Sache in der Berufungsinstanz schwebt, macht er sich eines neuen Diebstahls schuldig: in diesem Falle hat er keinen Anspruch auf Zuerkennung einer Gesamtstrafe. Jedoch will ihm E 33, 231 einen solchen gewähren, wenn das Urteil in der Rechtsmittelinstanz aufgehoben wird. — Eine ganz andere Frage ist die, ob zu der Zeit, da das zweite Urteil erlassen werden soll, das erste schon rechtskräftig sein muß. Sie ist zu bejahen. Denn sonst bestände die Möglichkeit, daß das neue Urteil rechtskräftig, das ältere aber aufgehoben würde. Es muß deshalb die Rechtskraft des ersten Urteils abgewartet oder die Verhängung der Gesamtstrafe nachträglich gemäß StPO § 492 bewirkt werden. Vergl. unten IV. Ebenso wohl die meisten. Vergl. Binding, Grundriß 1, 246, Olsh. 7. Abweichend jedoch Oppenh.-Del. 5, auch das RG (E 5, 1, R 9, 177), insofern es die Festsetzung einer Gesamtstrafe schon zuläßt, bevor das frühere Urteil die Rechtskraft beschritten hat.

2. Negative Bedingung ist, daß zur Zeit des neuen Urteils die in dem früheren ausgesprochene Strafe noch nicht (völlig) verbüßt, verjährt oder (völlig) erlassen sein darf. Vergl. dazu E 32, 7 (bedenklich!).

III. **Die Dispositive der Stelle.** — Liegt ein Anwendungsfall des § 79 vor, so hat das Gericht zunächst für die neu zur Aburteilung stehende That eine Strafe zu bestimmen und diese dann mit der früheren zu vergleichen, um so zu ermessen, ob das Asperationsprinzip oder das Kumulationsprinzip platzgreift. Der erstere, wichtigere Fall erledigt sich in folgender Weise. Die schwerste Einzelstrafe gilt als Einsatzstrafe und ist durch Hinzufügung einer Zusatzstrafe innerhalb der Grenzen des § 74 Abs. 3 zu schärfen. Befindet sich schon unter den früheren Strafen eine Gesamtstrafe, welche schwerer ist als die neuerkannte Einzelstrafe, so darf sie natürlich nicht gemildert werden, anderseits aber

Digitized by Google

ist auch ihre Erhöhung nicht unbedingt notwendig. E 6, 283. Vergl. § 74 III. In dem Tenor des neuen Urteils muß sich das Gericht über dessen Verhältnis zu dem früheren aussprechen, ohne es aber aufheben oder ändern zu dürfen. Seine Aufgabe beschränkt sich vielmehr auf eine Erklärung darüber, wie die erkannte Strafe mit der früheren zu vereinigen sei. Z. B: „Der Angeklagte wird wegen Einbruchdiebstahls zu einer Zuchthausstrafe von 2 Jahren verurteilt und diese Strafe mit der in dem Urteil des Landgerichts X vom .... gegen denselben Angeklagten wegen Betrugs verhängten Gefängnisstrafe von 6 Monaten zu einer Gesamtstrafe von 2 Jahren und 1 Monat Zuchthaus vereinigt."

IV. Die Anwendbarkeit des § 79 setzt voraus, daß der Richter von der früheren Bestrafung Kenntnis hat. Da diese Voraussetzung nicht immer zutrifft, so eröffnet StPO § 492 die Möglichkeit einer nachträglichen Zuerkennung der Gesamtstrafe. Vergl. darüber außer der strafprozessualen Litteratur bes. Reiffel, GS 40, 217 ff. und E 34, 267.

Digitized by Google

Zweiter Teil.

Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Übertretungen und deren Bestrafung.

Erster Abschnitt.

Hochverrat und Landesverrat.

I. Hochverrat ist der Angriff auf den Staat als Einzelwesen. v. Liszt § 165. Der Angriff kann sich richten gegen das monarchische Oberhaupt des Staates, gegen seine Verfassung und gegen sein Gebiet. Aber nicht jeder Angriff genügt, sondern nur einer der in den §§ 80—86 speziell bezeichneten.

Landesverrat ist der Angriff auf den Staat in seinen Beziehungen zu andern Staaten. v. Liszt § 166. Hergebrachterweise unterscheidet man den militärischen (§§ 88—91) und den diplomatischen (§ 92), je nach dem der Staat durch kriegerische oder durch eine andersgeartete Unterstützung einer fremden Macht angegriffen wird. Doch führt das StGB die Unterscheidung nicht scharf durch. Den im Felde begangenen militärischen Landesverrat nennt das MStGB Kriegsverrat und normiert ihn besonders. MStGB §§ 9. 56 ff. 133. 155—157. Vergl. darüber außer der militärrechtlichen Litteratur besonders Schwartze, Landesverrat und Kriegsverrat (1897) 44 ff.

Zur Ergänzung der Bestimmungen über den Landesverrat greift das Gesetz gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3./7 1893 ein. Es bezieht sich nur auf „Schriften, Zeichnungen oder andere Gegenstände, deren Geheimhaltung im Interesse der Landesverteidigung erforderlich ist". Soweit sein Anwendungsgebiet reicht, geht es als das speziellere Gesetz dem StGB vor. S. besonders Stenglein, Nebengesetz. 489, außerdem Seuffert Ztschr. **14**, 578, Hanke, Arch. f. öffentl. Recht **10**, 497, Zürbin, Die moderne Spionagegesetzgebung (1895). Vergl. auch u. § 92.

II. Sowohl beim Hoch- als auch bei Landesverrat ist der Staat Angriffsobjekt, wenn auch nicht überall ganz unmittelbar, so doch immer unmittelbarer als bei andern Delikten. Der Umstand, daß gleichzeitig ein anderes Rechtssubjekt verletzt oder gefährdet wird, ist für den Deliktsbegriff des Hoch- oder Landesverrats im ganzen eine rechtlich zufällige Erscheinung. Daher ist Idealkonkurrenz mit den gemeinen Delikten, namentlich mit Mord, Totschlag, Freiheitsberaubung und Nötigung, möglich. (Bestritten!)

III. Das in subjektiver Beziehung von der älteren Theorie vielfach aufgestellte Erfordernis eines animus hostilis ist vom StGB nicht aufgenommen worden. Vielmehr richtet sich die subjektive Seite ganz nach der allgemeinen Regel des § 59.

§ 80.

Der Mord und der Versuch des Mordes, welche an dem Kaiser, an dem eigenen Landesherrn, oder während des Aufenthalts in einem Bundesstaate an dem Landesherrn dieses Staats verübt worden sind, werden als Hochverrat mit dem Tode bestraft.

Digitized by Google

I. Der Begriff des Mordes ist dem § 211 zu entnehmen. Wegen Idealkonkurrenz s. o. Vorbem. II. Übereinstimmend Seuffert, Anarchismus und Strafrecht (1899) 93, Olsh. 8. A. A. Binding 1, 351, Rüd.-Stengl. 7. Insbesondere ist auch Idealkonkurrenz mit § 216 möglich. Im Ergebnis ebenso v. Liszt § 165.

II. **Objekt** des Königsmordes kann sein:

1. der Kaiser. Dabei wird nicht unterschieden, ob der Thäter ein In- oder Ausländer ist;
2. der eigene Landesherr, scil. des Thäters. Gemeint ist aber nur ein deutscher Landesherr, wie sich namentlich aus § 102 ergiebt. Der Russe, der in Deutschland einen Mordanfall auf den Zaren macht, wird nach §§ 211. 44 beurteilt. Für Teilnehmer ist § 50 zu beachten;
3. der Landesherr des Aufenthaltsstaates, genauer: der Landesherr desjenigen Bundesstaates, in dem sich der Thäter (In- oder Ausländer) zu der Zeit aufhält, da er die Ausführungshandlung vornimmt. Auch hier gilt für Teilnehmer § 50.

III. Zum **Dolus** gehört nicht nur der allgemeine des Mordes, sondern insbesondere auch das Bewußtsein, daß sich die Handlung gerade gegen den Kaiser usw. richtet. Er wird nicht nur dadurch ausgeschlossen, daß dem Thäter die Person des Kaisers unbekannt ist, sondern auch durch staatsrechtlichen Irrtum über die Monarchenqualität. Wer also nach dem Tode seines Landesherrn einen Mordanfall auf den seitherigen Kronprinzen begeht in der Meinung, daß dieser erst durch Krönung Landesherr werde, kann nicht auf Grund des § 80 bestraft werden. Vergl. § 59 V 1.

IV. Der **Versuch** wird entgegen der Regel des § 44 hinsichtlich der Strafbarkeit dem vollendeten Delikte gleichgestellt. Hieraus ist aber nicht mit v. Liszt § 165 und Merkel 376 zu folgern, daß ein von Strafe befreiender Rücktritt unmöglich wäre. Übereinstimmend die meisten, z. B. Hälschner 2, 734, Meyer 639, Olsh. 6, Oppenh.-Del. 2. Allerdings wird das Verhältnis der §§ 80. 81 so aufzufassen sein, daß der Zurücktretende nach der letzteren Stelle strafbar bleibt. S. §§ 81. 82 I. — Mit Recht nimmt die herrschende Lehre (E 12, 64) ferner gegen v. Liszt und Merkel an, daß die Reduktion der Gehilfenstrafe nach den allgemeinen Regeln (§§ 49. 44) erfolgen muß.

§ 81.

Wer außer den Fällen des § 80 es unternimmt,

1. einen Bundesfürsten zu töten, gefangen zu nehmen, in Feindes Gewalt zu liefern oder zur Regierung unfähig zu machen,
2. die Verfassung des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats oder die in demselben bestehende Thronfolge gewaltsam zu ändern,
3. das Bundesgebiet ganz oder teilweise einem fremden Staate gewaltsam einzuverleiben oder einen Teil desselben vom Ganzen loszureißen, oder
4. das Gebiet eines Bundesstaats ganz oder teilweise einem andern Bundesstaate gewaltsam einzuverleiben oder einen Teil desselben vom Ganzen loszureißen,

wird wegen Hochverrats mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

Digitized by Google

§ 82.

Als ein Unternehmen, durch welches das Verbrechen des Hochverrats vollendet wird, ist jede Handlung anzusehen, durch welche das Vorhaben unmittelbar zur Ausführung gebracht werden soll.

I. **Logisches Verhältnis des § 81 Nr. 1 zu § 80.** — Wie der Wortlaut („außer den Fällen des § 80") ergiebt, schließt der Thatbestand des § 81 Nr. 1 den des § 80 in sich. Richtet sich eine Handlung gegen eine der im § 80 bezeichneten Personen, ohne unter diese Stelle zu fallen, so ist zu untersuchen, ob nicht § 81 Nr. 1 Anwendung findet. Dieses (seither nicht anerkannte) Subsidiaritätsverhältnis ist zunächst von Bedeutung für den Begriff des Unternehmens. Eine Handlung, die nicht als Versuch erscheint, kann immer noch den Begriff des **Unternehmens** erfüllen. Denn während zum Versuch nach § 43 eine Handlung gehört, die einen Anfang der Ausführung enthält, genügt zum Unternehmen eine Handlung, durch die das Vorhaben zur Ausführung gebracht werden soll. Allerdings erfüllt nicht jede Vorbereitungshandlung den Begriff des Unternehmens, sondern nur diejenige, an welche sich die Ausführung unmittelbar anschließen soll. In dieser Beziehung übereinstimmend v. Liszt § 165. Meist wird dagegen der Begriff des Unternehmens so erklärt, daß er Vollendung und Versuch zusammenfaßt. Vergl. Seuffert, Anarchismus und Strafrecht (1899) 95. Andere, wie Olsh. 1 zu § 82 und wohl auch **E 16**, 165 (ebenso die 1. Aufl. dieses Kommentars), sind der Ansicht, daß das Unternehmen näher an die Vollendung heranreiche als der Versuch, insofern es lediglich diejenigen Versuchshandlungen umfasse, auf welche unmittelbar die letzte Ausführungshandlung folgen soll. Jedenfalls ist in § 82 der Begriff des Unternehmens nur für das Gebiet des Hochverrats bestimmt. Vergl. über den Begriff noch Huther Ztschr. **18**, 754ff.

II. **Sobald ein Unternehmen in dem bezeichneten Sinne vorliegt, ist das Verbrechen vollendet** (§ 82). Ein später erfolgender Rücktritt hebt also die Strafbarkeit nicht auf. Ebenso die meisten, z. B. v. Liszt § 165, Oppenh.-Del. 4 zu § 82. A. A. Berner 362. Vermittelnd Olsh. 4 zu § 82. Einen Versuch des Delikts (§ 81) als solchen giebt es nicht. Ebenso v. Liszt § 165, Merkel 377. A. A. Olsh. 3 zu § 82.

III. Zu den einzelnen Nummern des § 81 ist zu bemerken:

1. **zu Nr. 1.** Idealkonkurrenz mit §§ 211. 212. 216 ist möglich. S. o. Vorbem. II. Andernfalls käme man zu der wunderlichen Konsequenz, daß der Mord eines Bundesfürsten, sofern nicht § 80 eingreift, minder strafbar wäre, als der eines andern Menschen. Vergl. Binding **1**, 351. Rüd.-Stengl. 4;
2. **zu Nr. 2.** Unter „Verfassung" sind nicht nur die durch die Verfassungsurkunde garantierten, sondern überhaupt die fundamentalen Staatseinrichtungen zu verstehen.

§ 83.

Haben mehrere die Ausführung eines hochverräterischen Unternehmens verabredet, ohne daß es zum Beginn einer nach § 82 strafbaren Handlung gekommen ist, so werden dieselben mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter zwei Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

Digitized by Google

Das hier ausnahmsweise unter Strafe gestellte **Komplottieren** stellt sich als eine Vorbereitungshandlung dar und zwar nicht nur zu dem Delikte des § 81, sondern auch zu dem des § 80. Vergl. § 86. Hieraus folgt:

1. eine Konkurrenz der Delikte der §§ 80. 81 einerseits und des § 83 anderseits ist ausgeschlossen. Vergl. §§ 73 VII 2b, 74 V 4;
2. es giebt keinen strafbaren Versuch des Komplottierens als solchen, vielmehr greift hier § 86 ein. So die meisten;
3. der nach geschlossenem Komplott erfolgende freiwillige Rücktritt befreit von der Strafe. Dieses letztere leitet Olsh. 2 mit Recht aus § 46 vermöge eines argumentum a maiori ad minus ab. A. A. Rüb.-Stengl. 2, Oppenh.-Del. 7.

§ 84.

Die Strafvorschriften des § 83 finden auch gegen denjenigen Anwendung, welcher zur Vorbereitung eines Hochverrats entweder sich mit einer auswärtigen Regierung einläßt oder die ihm von dem Reich oder einem Bundesstaate anvertraute Macht mißbraucht oder Mannschaften anwirbt oder in den Waffen einübt.

I. Die Bemerkungen zu § 83 gelten, soweit anwendbar, auch hier. Beim Rücktritt vom Versuch kann namentlich der Thatbestand der §§ 112. 127 übrigbleiben, da Idealkonkurrenz möglich ist. Vergl. Vorbem. II zu diesem Abschn..

II. Der Begriff des „Sich-Einlassens" mit einer auswärtigen Regierung fordert, daß von beiden Seiten Erklärungen abgegeben werden. Einseitige Bemühungen, eine Verbindung anzuknüpfen, genügen nicht. So die herrschende Lehre. Man wird aber weitergehend sagen müssen, daß auch dann der Begriff des Sich-Einlassens nicht erfüllt ist, wenn die auswärtige Regierung nur scheinbar auf die Sache eingeht, etwa um demnächst eine Verfolgung zu veranlassen. A. A. Olsh. 2. — Von welcher Seite die Initiative ausgeht, ist gleichgiltig. — Unter auswärtiger Regierung kann nur eine nicht zum Deutschen Reiche gehörige verstanden werden. Abweichend Oppenh.-Del. 3.

III. Unter anvertrauter „Macht' ist eine Herrschaft über Personen zu verstehen, die aber keine militärische zu sein braucht. Ebenso Oppenh.-Del. 4. Dagegen rechnet Olsh. 4 auch Macht über Sachen hierher.

§ 85.

Wer öffentlich vor einer Menschenmenge, oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen zur Ausführung einer nach § 82 strafbaren Handlung auffordert, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von einem bis zu fünf Jahren ein.

I. Auch das hier behandelte Delikt erscheint, wie § 86 mit voller Bestimmtheit ergiebt, als eine Vorbereitungshandlung zum Hochverrat. Deshalb gelten die Bemerkungen zu § 83 bez. der Konkurrenz und des Versuchs auch für die vorliegende Stelle. A. A. Olsh. 4, Rüb.-Stengl. 5, v. Liszt § 165. Beim Rücktritt bleibt der Thatbestand des § 111 übrig, mit dem sonst Idealkonkurrenz möglich (Vorbem. II zu diesem Abschn.) und der nebst § 110 im einzelnen zu vergleichen ist. Dagegen erscheint Idealkonkurrenz mit § 49a wegen seines subsidiären Charakters ausgeschlossen. Wohl aber ist — wirkliche Begehung

Digitized by Google

oder strafbaren Versuch vorausgesetzt — Idealkonkurrenz mit Anstiftung zu dem Delikt des § 82 möglich, falls die Aufforderung sich an individuell bestimmte Personen richtete und nur in Gegenwart einer Menschenmenge erfolgte. S. § 48 III 2. Traf dieses letztere nicht zu, und hat die Aufforderung die wirkliche Begehung oder strafbaren Versuch zur Folge, so konkurriert außerdem § 111 Abs. 2. Vergl. Rüd.-Stengl. 2.

II. Die Aufforderung muß sich richten auf Begehung einer „nach § 82" strafbaren Handlung. § 82 weist auf § 81 und dieser auf § 80 zurück. Daher gehört auch die Aufforderung zur Begehung eines unter diese letztere Stelle fallenden Deliktes hierher. E 5, 215 (mit der Ausführung, daß Aufforderung zu einer bestimmten hochverräterischen Handlung vorliegen müsse). A. A. v. Liszt § 165. — Wegen Beschlagnahme s. Preßges. § 23. Nr. 3.

§ 86.

Jede andere, ein hochverräterisches Unternehmen vorbereitende Handlung wird mit Zuchthaus bis zu drei Jahren oder Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu drei Jahren ein.

I. Vergl. die Bem. zu § 83.

II. Auch die entfernteste Vorbereitungshandlung gehört hierher. Doch muß es sich stets um ein bestimmtes hochverräterisches Unternehmen handeln, wenn auch die näheren Modalitäten der Ausführung noch ungewiß bleiben. E 5, 60. 16, 165.

§ 87.

Ein Deutscher, welcher sich mit einer ausländischen Regierung einläßt, um dieselbe zu einem Kriege gegen das Deutsche Reich zu veranlassen, wird wegen Landesverrats mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn der Krieg ausgebrochen ist, mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu fünf Jahren und, wenn der Krieg ausgebrochen ist, Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Thäter des **militärischen Landesverrats** (§§ 87—90) kann jeder Deutsche und in dem aus den Bemerkungen zu § 91 ersichtlichen Umfange auch der Ausländer sein.

II. Über den Begriff des Sich-Einlassens mit der ausländischen Regierung s. § 84 II. Eine völkerrechtliche Befugnis zur Erregung von Krieg, wie sie sich aus der staatsrechtlichen Stellung einer Person ergeben kann, fällt nicht unter § 87. E 16, 165.

III. Als Strafschärfungsgrund erscheint der Ausbruch des Krieges. Daß ursachlicher Zusammenhang zwischen den Umtrieben des Thäters und dem Ausbruche des Krieges bestehen müsse, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich und wird auch von der herrschenden Lehre nicht gefordert. S. z. B. Olsh. 5 (der jedoch zeitlichen Zusammenhang verlangt), v. Liszt § 166, besonders aber Schwartze, Landesverrat und Kriegsverrat (1897), 21 ff. Nach Binding 1, 590 wird der Zusammenhang präsumiert. Dagegen fordern Rubo 7 und John in Holtzend. Handb. 3, 50 einen, wenn auch nur ganz indirekten, Kausal-

Digitized by Google

zusammenhang. Ähnlich Epstein, Der Landesverrat (1898) 66. Jedenfalls ist es von Bedeutung, daß das Gesetz nicht sagt: „wenn Krieg" oder: „wenn ein Krieg ausgebrochen ist", sondern den bestimmten Artikel gebraucht. Es muß also der Krieg ausgebrochen sein, den der Thäter im Auge hatte. D. h.: es muß für den Ausbruch des Krieges (vom Standpunkte der ausländischen Regierung aus betrachtet) die Ursache oder der Anlaß maßgebend gewesen sein, auf die der Thäter hingewiesen hat. Kausalzusammenhang wird dagegen, weil doch nicht nachweisbar, nicht verlangt. Insofern also ist die herrschende Lehre im Recht.

IV. Versuch ist möglich und strafbar, z. B. in der Art, daß ein Anerbieten an die ausländische Regierung unbeantwortet bleibt. Freiwilliger Rücktritt befreit von der Strafe. Z. B. der Thäter veranlaßt die fremde Regierung selbst, nicht auf die Sache einzugehen. A. A. Epstein a. a. O. 64. Über Versuch des qualifizierten Delikts s. § 43 V.

V. Soll der Krieg hochverräterischen Zwecken dienen, so liegt Idealkonkurrenz mit Hochverrat vor. E 16, 165.

§ 88.

Ein Deutscher, welcher während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges in der feindlichen Kriegsmacht Dienste nimmt oder die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wird wegen Landesverrats mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Ein Deutscher, welcher schon früher in fremden Kriegsdiensten stand, wird, wenn er nach Ausbruch des Krieges in der feindlichen Kriegsmacht verbleibt oder die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen trägt, wegen Landesverrats mit Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Die Stelle ist durch das Ges. v. 26./2 1876 geändert worden. Der wesentliche Unterschied gegenüber der älteren Fassung besteht darin, daß nunmehr schon jeder strafbar ist, der während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges in der feindlichen Kriegsmacht Dienste nimmt oder in derselben verbleibt, auch wenn er thatsächlich die Waffen gegen das Deutsche Reich oder dessen Bundesgenossen nicht getragen hat. Demgemäß sind unter Umständen auch Ärzte, Krankenpfleger und Marketender strafbar. — Der Begriff des Waffen„tragens" beschränkt sich nicht auf ein wirkliches Gebrauchen der Waffen. Wohl aber ist zu fordern, daß der Thäter auf dem Kriegsschauplatze, sei es auf eigene Faust, sei es als Freischärler, sei es als Glied eines ordentlichen Truppenkörpers, thätig war.

II. Unter Bundesgenossen des Deutschen Reichs dürfen nur rechtliche, nicht rein thatsächliche Bundesgenossen verstanden werden. Das heißt: es muß irgendwelches völkerrechtliche Übereinkommen zwischen dem Deutschen Reich und den Bundesgenossen bestehen. Wer als Angehöriger einer fremden Kolonialtruppe gegen rebellische Stämme die Waffen

Digitized by Google

trägt, fällt nicht unter § 88, selbst wenn thatsächlich der koloniale Aufstand eine Bundesgenossenschaft für das Deutsche Reich bedeutet.

III. Der Eintritt in fremden Kriegsdienst und das Verbleiben in demselben kann nach § 52 straflos sein. Die dort geforderte unwiderstehliche Gewalt oder Bedrohung ist, was das Verbleiben betrifft, schon in den militärischen Verhältnissen selbst gegeben. Wohl aber muß verlangt werden, daß der Deutsche in ordnungsgemäßer Form seine Entlassung begehrt. Ähnlich Rüd.-Stengl. 4.

IV. Thäter kann nur der Deutsche sein. Vergl. § 91. — Steht der Thäter in militärpflichtigem Alter, so ist Idealkonkurrenz mit § 140 möglich.

§ 89.

Ein Deutscher, welcher vorsätzlich während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges einer feindlichen Macht Vorschub leistet oder der Kriegsmacht des Deutschen Reichs oder der Bundesgenossen desselben Nachteil zufügt, wird wegen Landesverrats mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zehn Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. In untergeordneten Beziehungen neu redigiert durch Ges. v. 3./7 1893 betr. den Verrat militärischer Geheimnisse.

II. Der Vorsatz besteht in dem Bewußtsein, daß der feindlichen Macht Vorschub geleistet, bezw. der deutschen oder verbündeten Kriegsmacht Nachteil zugefügt werde. Entsprechende Absicht ist nicht erforderlich. Vergl. § 59 II 1 b und Arch. 19, 396, besonders aber Schwartze, Landesverrat und Kriegsverrat (1897) 39 ff. A. A. John, Holtzend. Handb. 3, 52.

III. Vollendung tritt ein, sobald infolge der Handlung die Lage der feindlichen Macht günstiger oder die der deutschen oder verbündeten Kriegsmacht ungünstiger ist. Versuch möglich.

IV. Die Strafbarkeit wird auch hier häufig durch § 52 beseitigt werden.

V. Über die Möglichkeit der Thäterschaft s. § 91.

§ 90.

Lebenslängliche Zuchthausstrafe tritt im Falle des § 89 ein, wenn der Thäter

1. Festungen, Pässe, besetzte Plätze oder andere Verteidigungsposten, imgleichen Teile oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht in feindliche Gewalt bringt;
2. Festungswerke, Schiffe oder Fahrzeuge der Kriegsmarine, öffentliche Gelder, Vorräte von Waffen, Schießbedarf oder anderen Kriegsbedürfnissen, sowie Brücken, Eisenbahnen, Telegraphen und Transportmittel in feindliche Gewalt bringt oder zum Vorteile des Feindes zerstört oder unbrauchbar macht;

Digitized by Google

3. dem Feinde Mannschaften zuführt oder Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht verleitet, zum Feinde überzugehen;
4. Operationspläne oder Pläne von Festungen oder festen Stellungen dem Feinde mitteilt;
5. dem Feinde als Spion dient oder feindliche Spione aufnimmt, verbirgt oder ihnen Beistand leistet, oder
6. einen Aufstand unter Angehörigen der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht erregt.

In minder schweren Fällen kann auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Auch diese Stelle hat durch das Ges. v. 3./7 1893 eine Neuredaktion erfahren, der aber eine größere sachliche Bedeutung zukommt als bei § 89. Vor allem ist unzweideutig festgestellt, daß § 90 nur einen Spezialfall des § 89 betrifft. Daher müssen die näher bezeichneten Handlungen während eines gegen das Deutsche Reich ausgebrochenen Krieges vorgenommen sein, daher ist ferner Idealkonkurrenz mit § 89 ausgeschlossen. Zum Dolus gehört auch hier nicht die Absicht der Schädigung der diesseitigen oder der Förderung der feindlichen Macht (vergl. § 89 II), ja in den Fällen der Nr. 4 und 6 braucht nicht einmal objektiv eine Förderung bezw. Schädigung eingetreten zu sein. Zu Nr. 3 speziell ist zu bemerken, daß das Delikt erst dann vollendet ist, wenn thatsächlich Angehörige der deutschen oder einer verbündeten Kriegsmacht zum Feinde übergegangen sind. So die herrschende Lehre. Vergl. auch E 5, 125.

II. Wegen der Thäterschaft s. § 91.

§ 91.

Gegen Ausländer ist wegen der in den §§ 87, 89, 90 bezeichneten Handlungen nach dem Kriegsgebrauche zu verfahren.

Begehen sie aber solche Handlungen, während sie unter dem Schutze des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats sich innerhalb des Bundesgebietes aufhalten, so kommen die in den §§ 87, 89 und 90 bestimmten Strafen zur Anwendung.

Wegen der im § 88 normierten Handlungen kann der Ausländer niemals strafrechtlich verantwortlich gemacht werden. Begeht er eine Handlung, welche unter die §§ 87. 89. 90 fällt, so ist zu unterscheiden:

1. Hält er sich zur Zeit der Begehung unter dem Schutze des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaates innerhalb des Reichsgebietes auf, so treffen ihn die gesetzlich angedrohten Strafen. Unter dem Schutze des Deutschen Reichs usw. aber steht der im Inlande sich aufhaltende Ausländer stets, wenn er nicht zur feindlichen Kriegsmacht gehört. Aber auch dem Angehörigen der feindlichen Kriegsmacht kann dieser Schutz zustehen, z. B. den Kriegsgefangenen. So im Ergebnis die herrschende Lehre.

Digitized by Google

2. Hält sich der Ausländer zur Zeit der Begehung auf dem Kriegsschauplatze auf, so ist er nach MStGB §§ 57. 160 mit Zuchthaus nicht unter 10 Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus zu bestrafen. Diese Bestimmung gilt auch für Deutsche schlechthin.
3. Hält sich der Ausländer zur Zeit der Begehung an einem dritten Orte auf, so bleibt er unverantwortlich, wenn die Handlung zu Friedenszeiten begangen wurde. Dies kann aber nur für den Fall des § 87 zutreffen.
4. Der Kriegsbrauch findet nur dann Anwendung, wenn die Handlung während des Krieges, aber nicht auf dem Kriegsschauplatze, auch nicht von einer der unter 1 erwähnten Personen begangen wird.

Über die ganze Lehre s. v. Kries Ztschr. 7, 597 ff. und Schwartze, Landesverrat und Kriegsverrat (1897) 10 ff. — Daß solche Ausländer, denen völkerrechtlich eine Befugnis zur Vornahme der betr. Handlung zusteht, nicht bestraft werden können, ist selbstverständlich.

§ 92.

Wer vorsätzlich

1. Staatsgeheimnisse oder Festungspläne, oder solche Urkunden, Aktenstücke oder Nachrichten, von denen er weiß, daß ihre Geheimhaltung einer anderen Regierung gegenüber für das Wohl des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats erforderlich ist, dieser Regierung mitteilt oder öffentlich bekannt macht;
2. zur Gefährdung der Rechte des Deutschen Reichs oder eines Bundesstaats im Verhältnis zu einer anderen Regierung die über solche Rechte sprechenden Urkunden oder Beweismittel vernichtet, verfälscht oder unterdrückt, oder
3. ein ihm von seiten des Deutschen Reichs oder von einem Bundesstaate aufgetragenes Staatsgeschäft mit einer anderen Regierung zum Nachteil dessen führt, der ihm den Auftrag erteilt hat,

wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter sechs Monaten ein.

I. Die Stelle betrifft den sog. **diplomatischen Landesverrat.** Bei diesem fällt die für den militärischen Landesverrat wichtige Unterscheidung hinsichtlich der Thäterschaft im allgemeinen weg und wird nur insofern aufrechterhalten, als gemäß § 4 Nr. 2 bei Begehung im Auslande lediglich der Deutsche verfolgt werden kann.

II.

1. zu **Nr. 1.** Unter den Begriff der Staatsgeheimnisse können auch militärische fallen. Soweit das Ges. gegen den Verrat militärischer Geheimnisse reicht (Vorbem. II z. diesem Abschnitte), findet es als das speziellere allein Anwendung. E 25, 45. Demnach ist in der vorliegenden Stelle das Wort Festungspläne zu streichen. Geheimgehalten kann nur werden, was noch geheim ist. Es liegt aber im Wesen der Sache, daß eine gewisse Anzahl von Personen stets eingeweiht ist. Bei einer Mitteilung an eine andere Regierung gehört daher zum Dolus das Bewußtsein, daß deren Mitglieder nicht zu den Eingeweihten gehören. Vergl. E 10, 430. 25, 45. Dies ist von Wichtigkeit, weil die andere Regierung nicht notwendig eine außerdeutsche zu sein braucht.

Digitized by Google

2. Nr. 2 entspricht auf öffentlichrechtlichem Gebiete dem § 274. Idealkonkurrenz ist besonders möglich mit §§ 267. 268. „Zur Gefährdung" bezeichnet den Erfolg, nicht die Willensrichtung. Olsh. 4. A. A. Hälschner 2, 761. — Über den Begriff der Urkunde s. § 267.
3. Nr. 3 entspricht auf öffentlichrechtlichem Gebiete dem § 266. „Zum Nachteil" ist objektiv zu interpretieren. S. o. 2.

§ 93.

Wenn in den Fällen der §§ 80, 81, 83, 84, 87—92 die Untersuchung eröffnet wird, so kann bis zu deren rechtskräftigen Beendigung das Vermögen, welches der Angeschuldigte besitzt, oder welches ihm später anfällt, mit Beschlag belegt werden.

Durch die Stelle wird nicht etwa die Strafe der Vermögenskonfiskation aufgefrischt, sie enthält vielmehr nur eine durch EG z. StPO § 5 aufrecht erhaltene prozessuale Bestimmung. Das beschlagnahmte Vermögen bleibt im Eigentum des Beschuldigten. Es wird ihm nur für die Dauer der Untersuchung sowohl der Substanz wie den Erträgnissen nach entzogen, damit es nicht in einer den Zwecken der Strafverfolgung widersprechenden Weise verwendet werden kann. Das Nähere s. StPO §§ 333 ff. 480.

Zweiter Abschnitt.

Beleidigung des Landesherrn.

I. Die Überschrift dieses Abschnittes deckt die darin behandelten Delikte in doppelter Beziehung nicht. Zunächst bedroht das Gesetz nicht nur Beleidigungen (s. über den Begriff den 14. Abschnitt), sondern auch Thätlichkeiten (§§ 94. 96); sodann schützt es außer dem Landesherren auch noch andere hochgestellte Personen. Geschützt sind nämlich: der Kaiser (§§ 94. 95) — der eigene Landesherr (d. h. der des Thäters, §§ 94. 95) — der Landesherr des (deutschen) Aufenthaltsstaates (§§ 94. 95) — der Regent und die Mitglieder des landesherrlichen Hauses sowohl des eigenen Staates, als auch des deutschen Aufenthaltsstaates (§§ 96. 97). Zu bemerken ist, daß auch die in diesem Abschnitt nicht erwähnten deutschen Landesherren einen besonderen Schutz gegen Beleidigungen genießen (§ 99).

II. Wegen des Dolus s. § 80 III.

§ 94.

Wer einer Thätlichkeit gegen den Kaiser, gegen seinen Landesherrn oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate einer Thätlichkeit gegen den Landesherrn dieses Staats sich schuldig macht, wird mit lebenslänglichem Zuchthaus oder lebenslänglicher Festungshaft, in minder schweren Fällen mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft. Neben der Festungshaft kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter fünf Jahren ein.

Digitized by Google

I. Thätlichkeit bezeichnet jede vorsätzliche rechtswidrige Einwirkung auf den Körper einer andern Person. So Olsh. 2. Ob die Thätlichkeit beleidigender Natur ist oder nicht, ist gleichgiltig. Rechtswidrigkeit wird hier wie sonst durch Notwehr ausgeschlossen.

II. Geht der Angriff fehl, so liegt nur Versuch vor. A. A. Schwarze 1, Baumgarten, Lehre vom Versuch der Verbrechen (1888) 411.

III. Vergl. über die Thatbestandsmerkmale im einzelnen noch § 80.

IV. Die minder schweren Fälle unterscheiden sich von den mildernden Umständen dadurch, daß nur die in der That selbst liegenden, nicht aber nachträglich auftretende Momente berücksichtigt werden dürfen. Rubo S. 144 und Olsh. 7 nehmen an, daß bei den minder schweren Fällen nur objektive, nicht auch subjektive Momente berücksichtigt werden dürfen. Nach E 6, 25 gebührt die Entscheidung über das Vorliegen minder schwerer Fälle dem Schwurgerichtshofe, nicht den Geschworenen.

V. Idealkonkurrenz mit gemeinen Verbrechen, z. B. mit Raub, ist möglich, aber nicht mit § 80. Möglich auch mit § 81 Nr. 1 und mit § 95. So in letzterer Beziehung gegen die herrschende Lehre Oppenh.-Del. 9 zu § 95.

§ 95.

Wer den Kaiser, seinen Landesherrn oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate dessen Landesherrn beleidigt, wird mit Gefängnis nicht unter zwei Monaten oder mit Festungshaft von zwei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bekleideten öffentlichen Ämter, sowie der aus öffentlichen Wahlen hervorgegangenen Rechte erkannt werden.

I. Die **Majestätsbeleidigung** ist qualitativ von der gemeinen Beleidigung im Sinn des 14. Abschnittes nicht verschieden. Der Unterschied ist vielmehr nur quantitativ, insofern die Stellung des monarchischen Staatsoberhaupts die jedes Unterthanen bei weitem überragt. Eine Äußerung, die in Beziehung auf einen Privatmann nicht als Beleidigung anzusehen wäre, kann daher sehr wohl eine solche gegenüber einem Monarchen sein, und eine Nachrede, die nicht geeignet wäre, einen Privatmann in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, kann diese Eigenschaft gegenüber einem Monarchen haben. Vergl. §§ 185. 186. Entsprechend modifiziert sich auch der Dolus der gemeinen Beleidigung. Immer aber ist in den dem § 185 entsprechenden Fällen in subjektiver Beziehung zu verlangen, daß die Äußerung als Ausdruck der Mißachtung gegen die Person des Monarchen gemeint sei. Ist sie dies nicht, sondern nur unehrerbietig, taktlos, so kann von Majestätsbeleidigung keine Rede sein. RG Arch. 46, 335. Die Kritik einer einzelnen Regierungshandlung braucht sich durchaus nicht notwendigerweise auch gegen die Person zu richten. E 32, 236. Im übrigen ist es gleichgiltig, ob sich die Äußerung auf das Privatleben des Monarchen oder auf seine öffentliche Stellung bezieht, desgleichen, ob auf eine vor oder nach Erlangung der Krone vorgenommene Handlung. Auch der Umstand, daß die Verantwortlichkeit des Ministers eine Regierungshandlung staatsrechtlich deckt, steht der Möglichkeit einer Beleidigung des Monarchen durch beleidigende Kritik dieser Handlung nicht entgegen. E 2, 213. 3, 433. 8, 338. 32, 236.

Mit der vertretenen prinzipiellen Auffassung stimmt die herrschende Lehre überein. Vergl. bes. Binding, Lehrb. 169 ff., Olsh. 2, Oppenh.-Del. 4. A. A. Doehn, Ztschr. 21, 468 ff. ohne ausreichende Begründung.

Die Beziehung einer Äußerung auf den Kaiser usw. braucht hier so wenig wörtlich zum Ausdrucke zu gelangen, wie das Entsprechende bei der gemeinen Beleidigung

Digitized by Google

erforderlich ist. Es genügt eine verständliche Bezugnahme und daß Bewußtsein, daß sie in diesem Sinne aufgefaßt werde. E 30, 270.

II. Die vielbesprochene Frage, ob in dem Nichteinstimmen in ein dem Landesherrn ausgebrachtes Hoch Beleidigung zu finden sei, ist zu verneinen, sofern nicht eine entsprechende Rechtspflicht vorliegt. Allerhöchstens kann aber eine solche bei Militärpersonen und bei Hofbeamten angenommen werden. Etwas weitergehend erklärt RG Arch. 46, 335 schon eine durch Sitte oder Herkommen begründete Pflicht für ausreichend. Doehn a. a. O. 505 ist der Ansicht, daß das Nichteinstimmen strafbar sei, wenn sich jemand in eine Situation hereingebracht hat, in der es, wie er weiß, zu Ehrenbezeigungen kommt.

III. Die Heraushebung der Majestätsbeleidigung aus dem 14. Abschn. ist nur aus systematischen Gründen erfolgt. Demgemäß müssen die dort gegebenen Spezialbestimmungen auch hier gelten, sofern sich nicht positiv das Gegenteil beweisen läßt. Dies trifft aber nur für das Antragserfordernis zu. Die Parantheſe in § 194 zeigt deutlich, daß die Verfolgung der außerhalb des 14. Abschn. stehenden Beleidigungsfälle nicht von einem Strafantrage abhängt. Ist hiernach, wie einstimmig zugegeben wird, die Majestätsbeleidigung kein Antragsdelikt, so muß doch der Wahrheitsbeweis zugelassen werden, zumal er in dem 14. Abschn. nicht etwa besonders eingeführt wird, sondern als Gegenbeweis gegen den Thatbestand der üblen Nachrede und der Verleumdung eine prozessuale Erscheinung ist. So im Ergebnis v. Bar 246, Binding, Lehrb. 171, Hälschner 2, 768, John in Holtzend. Handb. 3, 69, v. Liszt § 168. A. A. Meyer 645, Olsh. 7, Oppenh.-Del. 11, Rüd.-Stengl. 4, Doehn a. a. O. 521, E 2, 213. Daß gegen die Zulässigkeit des Wahrheitsbeweises die staatsrechtliche Unverletzlichkeit des Monarchen nicht ins Gefecht geführt werden kann, legt Binding a. a. O. mit Recht dar. Desgleichen kann auch § 193 Anwendung finden. So bes. Binding, Lehrb. 170. Ähnlich v. Liszt § 168, Olsh. 7, E 8, 338, R 10, 724. Mit Recht heben endlich Binding, Lehrb. 171 und Rosenfeld, Die Nebenklage (1900) 111 hervor, daß auch die Bestimmungen über Publikationsbefugnis und Buße für die Majestätsbeleidigungen gelten.

IV. Schmähung eines verstorbenen Monarchen beurteilt sich nach § 189, jedoch kann sich darunter eine wirkliche Majestätsbeleidigung verbergen. E 28, 171.

V. Idealkonkurrenz mit gemeiner Beleidigung ist nur dann denkbar, wenn sich die Äußerung gleichzeitig gegen eine andere Person wendet. Mit Unrecht hält Olsh. 8 Idealkonkurrenz mit übler Nachrede und Verleumdung schlechthin für möglich. Vergl. noch § 94 V. — Wegen Beschlagnahme s. Preßgeſ. § 23. Nr. 3.

§ 96.

Wer einer Thätlichkeit gegen ein Mitglied des landesherrlichen Hauses seines Staats oder gegen den Regenten seines Staats oder während seines Aufenthalts in einem Bundesstaate einer Thätlichkeit gegen ein Mitglied des landesherrlichen Hauses dieses Staats oder gegen den Regenten dieses Staats sich schuldig macht, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer, in minder schweren Fällen mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von Einem bis zu fünf Jahren ein.

§ 97.

Wer ein Mitglied des landesherrlichen Hauses seines Staats oder den Regenten seines Staats oder während seines Aufenthalts in einem Bundes-

Digitized by Google

staate ein Mitglied des landesherrlichen Hauses dieses Staats oder den Regenten dieses Staats beleidigt, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

I. Wer zum landesherrlichen Hause gehört, bestimmt sich nach dem konkreten Staatsrechte und den Hausgesetzen. Vergl. dazu Binding, Lehrb. 173, Oppenh.-Del. zu 2 § 96, E 22, 141. 23, 239.

II. Der Kaiser ist außerhalb Preußens, auch in den Reichslanden, nicht Landesherr, daher sind die Angehörigen des preußischen Königshauses dort nicht Mitglieder des „landesherrlichen Hauses". E 17, 334.

III. Für die Begriffe der Thätlichkeit und der Beleidigung gelten die Ausführungen zu §§ 94. 95.

Dritter Abschnitt.

Beleidigung von Bundesfürsten.

Die Überschrift deckt hier den Inhalt des Abschnittes ebensowenig, wie es bei dem voraufgehenden der Fall ist. Vergl. die Vorbem. zu diesem. In negativer Beziehung ist zu bemerken, daß, sofern nicht die §§ 95. 97. 101 eingreifen, die Beleidigung gegen Mitglieder landesherrlicher Häuser sich nach dem 14. Abschn. beurteilt.

§ 98.

Wer außer dem Falle des § 94 sich einer Thätlichkeit gegen einen Bundesfürsten schuldig macht, wird mit Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von sechs Monaten bis zu zehn Jahren ein.

Vergl. §§ 94.

§. 99.

Wer außer dem Falle des § 95 einen Bundesfürsten beleidigt, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein.

I. Vergl. § 95.

II. Die **Ermächtigung** ist dem Strafantrage nahe verwandt und ebenso wie dieser eine Prozeßvoraussetzung. Der Unterschied liegt in folgendem:

1. Die Ermächtigung braucht nicht positiv zum Ausdrucke zu bringen, daß der Wille auf Verfolgung gerichtet sei, sondern nur negativ, daß er der Verfolgung nicht entgegenstehe.
2. Die für den Strafantrag aufgestellten Formvorschriften finden auf die Ermächtigung keine Anwendung. Dies gilt namentlich hinsichtlich der Frist und der StPO § 156 gegebenen Bestimmungen. E 7, 382. 18, 382. Auch die Unteilbarkeit des Strafantrags wird man auf die Ermächtigung nicht übertragen dürfen. A. A. Binding 1, 636. Zurücknehmbar ist die Ermächtigung niemals. Benn.-Bel. 225, E 33, 66.

Digitized by Google

S. des näheren Hausmann, Die Beleidigung gesetzgebender Versammlungen usw. (1892) 13 ff., der mit Recht hervorhebt, daß — im Gegensatz zum Antrage — der Staatsanwalt von Amts wegen die zur Erlangung der Ermächtigung erforderlichen Schritte thun müsse. Vergl. auch Köhler, Die Lehre vom Strafantrag (1899) 169 ff.

§ 100.

Wer außer dem Falle des § 96 sich einer Thätlichkeit gegen ein Mitglied eines bundesfürstlichen Hauses oder den Regenten eines Bundesstaats schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft von Einem Monat bis zu drei Jahren ein.

Vergl. §§ 94. 95.

§ 101.

Wer außer dem Falle des § 97 den Regenten eines Bundesstaats beleidigt, wird mit Gefängnis von Einer Woche bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die Verfolgung tritt nur mit Ermächtigung des Beleidigten ein.

Vergl. §§ 95. 99.

Vierter Abschnitt.

Feindliche Handlungen gegen befreundete Staaten.

Befreundet sind alle Staaten, die durch friedlichen völkerrechtlichen Verkehr verbunden sind. Unzivilisierte Staaten treten durch Abschluß von Freundschaftsverträgen in diesen Kreis ein. Diplomatische Vertretung ist nicht zu fordern. A. A. Rüd.-Stengl. u. Oppenh.-Del. zu diesem Abschnitt. Durch Krieg mit dem betr. Staate hört das Freundschaftsverhältnis auf. Ebenso Binding, Lehrb. 174, Oppenh.-Del. a. a. O. A. A. Olsh. 4 zu § 102, Rüd.-Stengl. 2 zu § 102. In diesem Falle finden daher die §§ 102—104 keine Anwendung und die in ihnen normierten Handlungen sind nur insoweit strafbar, als sie gemeine Delikte enthalten.

§ 102.

Ein Deutscher, welcher im Inlande oder Auslande, oder ein Ausländer, welcher während seines Aufenthalts im Inlande gegen einen nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staat oder dessen Landesherrn eine Handlung vornimmt, die, wenn er sie gegen einen Bundesstaat oder einen Bundesfürsten begangen hätte, nach Vorschrift der §§ 81—86 zu bestrafen sein würde, wird in den Fällen der §§ 81—84 mit Festungshaft von Einem bis zu zehn Jahren oder, wenn mildernde Umstände vorhanden sind, mit Festungshaft von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in den Fällen der §§ 85 und 86 mit Festungshaft von Einem Monat bis zu drei Jahren be-

Digitized by Google

straft, sofern in dem anderen Staate dem Deutschen Reich die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

I. Die Stelle dehnt den Rechtsschutz, den die §§ 81—86 dem Deutschen Reiche, dem Deutschen Kaiser, den deutschen Einzelstaaten und deren Landesherren gewähren, in ermäßigtem Umfange auch auf befreundete Staaten und deren Landesherren aus, und zwar:

1. wenn der Thäter ein Deutscher ist, ohne Rücksicht auf den Ort der Begehung und auch ohne die Einschränkung des § 4 Nr. 3, daß die Handlung am Orte der That mit Strafe belegt sein müsse;
2. wenn der Thäter ein Ausländer ist, nur unter der Voraussetzung, daß er sich zur Zeit der Begehung im Inlande aufhält.

II. In beiden Fällen aber ist der dem Auslande gewährte Rechtsschutz bedingt:

1. in materiell-rechtlicher Beziehung durch Verbürgung der Gegenseitigkeit (s. Vorbem. I 3 z. 4. Abschn. des ersten Teils), d. h.: es muß entweder zufolge eines besonderen Vertrages oder nach dem sonst in dem betreffenden Staate giltigen Rechte und nach der von ihm geübten Praxis feststehen, daß diese konkrete Handlung, wenn sie sich gegen das Deutsche Reich oder einen deutschen Einzelstaat oder einen deutschen Landesherrn richtete, auch von dem ausländischen Staate mit einer Strafe belegt würde, die den Strafandrohungen des § 102 entspricht und insbesondere höher ist, als bei gemeinen Delikten. Ähnlich Olsh. 2, Rüd.-Stengl. 6, Binding 1, 593. Dagegen verlangt v. Liszt § 170 nicht, daß die Handlung nach dem ausländischen Recht als Spezialdelikt erscheine;
2. in prozessualer Beziehung durch Stellung eines Antrags von seiten der auswärtigen Regierung. Zurücknahme ausnahmsweise zulässig.

§ 103.

Wer sich gegen den Landesherrn oder den Regenten eines nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staats einer Beleidigung schuldig macht, wird mit Gefängnis von Einer Woche bis zu zwei Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft, sofern in diesem Staate dem Deutschen Reich die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der auswärtigen Regierung ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Über Verbürgung der Gegenseitigkeit s. § 102 II 1. Fehlt es an dieser Verbürgung, so greifen die Vorschriften über gemeine Beleidigung platz. Diese sind auch dann anzuwenden, wenn der Strafantrag nicht von der ausländischen Regierung, sondern von der Person des Landesherrn gestellt wird. Die Regierung aber kann den Strafantrag auch noch nach dem Tode des beleidigten Landesherrn stellen. Die Gemahlin des letzteren, entthronte oder abgedankte Landesherren, Präsidenten fremder Republiken genießen den Schutz des § 103 nicht.

§ 103a.

Wer ein öffentliches Zeichen der Autorität eines nicht zum Deutschen Reich gehörenden Staats oder ein Hoheitszeichen eines solchen Staats böswillig wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder beschimpfenden Unfug daran

Digitized by Google

verübt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. Der durch Novelle v. 6./2 1876 eingeschaltete Paragraph stellt zu § 135 dasselbe Verhältnis her, wie § 102 zu §§ 81—86. Aus der systematischen Stellung des § 135 ergiebt sich aber, daß er zum Schutze obrigkeitlicher Akte bestimmt ist. Daher ist unter dem öffentlichen Zeichen der Autorität usw. ein auf obrigkeitliche Anordnung und zwar des ausländischen Staates angebrachtes zu verstehen. Im übrigen ist nicht erforderlich, daß das Zeichen öffentlich sichtbar wäre.

II. Einen scharfen Unterschied zwischen Zeichen der Autorität und Hoheitszeichen zu machen, ist weder notwendig noch auch möglich (s. Olsh. 1 zu § 135). Zweifellos fallen unter den einen oder den andern Begriff alle diejenigen Zeichen, durch welche zum Ausdrucke gebracht werden soll, daß dieser Ort oder diese Sache dieser Staatsgewalt unterworfen ist. Z. B.: Fahnen, Wappen, Grenzpfähle. Gleichgiltig ist, ob die Zeichen sich im Inlande oder im Auslande befinden. A. A. Olsh. 1 und Rüd.-Stengl. 2. Vergl. § 4 Nr. 3 und § 135.

III. Vergl. wegen des Wegnehmens § 242, wegen des Zerstörens oder Beschädigens § 303, wegen des beschimpfenden Unfugs § 166. — Böswillig ist nicht identisch mit vorsätzlich, enthält vielmehr einen Hinweis auf den animus hostilis, d. h. es muß die That in der Absicht erfolgen, dadurch Mißachtung gegenüber dem fremden Staate zum Ausdrucke zu bringen. Vergl. Vorbem. z. 1. Abschn. des 2. Teils III.

IV. Idealkonkurrenz ist bei Wegnahme mit Diebstahl möglich, nicht aber bei Zerstörung oder Beschädigung mit Sachbeschädigung; wohl aber wiederum bei beschimpfendem Unfug mit grobem Unfug aus § 360 Nr. 11.

§ 104.

Wer sich gegen einen bei dem Reich, einem bundesfürstlichen Hofe oder bei dem Senate einer der freien Hansestädte beglaubigten Gesandten oder Geschäftsträger einer Beleidigung schuldig macht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Beleidigten ein. Die Zurücknahme des Antrags ist zulässig.

Während sich die voraufgehenden Paragraphen ihrem Wortlaute nach nur auf nicht zum Deutschen Reiche gehörige Staaten beziehen, fehlt es hier an einer entsprechenden Bestimmung. Die Stelle findet daher auch Anwendung auf die Gesandten eines deutschen Einzelstaates bei dem andern. Vergl. Olsh. 2.

Fünfter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf die Ausübung staatsbürgerlicher Rechte.

Der Abschnitt findet nur Anwendung auf Angelegenheiten des Deutschen Reiches oder eines Bundesstaates. Vergl. Vorbem. z. 6. Abschn. Abweichend Schneidler, GS. 40, 9.

§ 105.

Wer es unternimmt, den Senat oder die Bürgerschaft einer der freien Hansestädte, eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundes-

Digitized by Google

staats auseinander zu sprengen, zur Fassung oder Unterlassung von Beschlüssen zu nötigen oder Mitglieder aus ihnen gewaltsam zu entfernen, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft nicht unter Einem Jahre ein.

I. Der **Begriff des Unternehmens** wird im § 82 für das Gebiet des Hochverrats, aber nur für dieses, bestimmt. Wo sich der Begriff sonst findet, wird er von der herrschenden Lehre, insbesondere vom RG (E 3, 26. 8, 354), Olsh. 2, v. Liszt § 46, im weitesten, auch die entfernteste Vorbereitungshandlung umfassenden Sinne verstanden. Wenn sich die Vertreter dieser Meinung auf den Sprachgebrauch berufen, so befinden sie sich entschieden im Irrtum. Im gewöhnlichen Leben wird der Begriff des Unternehmens gerade umgekehrt in einem engeren Sinne gebraucht als der des Versuchs, insofern man dabei stets an ein planmäßig vorbereitetes, überlegtes Vorgehen denkt. Es ist aber kein Grund zur der Annahme vorhanden, daß der Rechtsbegriff von dem des gewöhnlichen Lebens abweiche, im Gegenteil bestätigt das Kommissionsmitglied v. Schwarze (vergl. dessen Kommentar 4. Aufl. S. 100. 101), daß man im § 159 den Ausdruck „unternehmen" gerade deshalb gebraucht habe, um nicht jede unüberlegte oder in rascher Aufwallung erfolgte Aufforderung zu bestrafen. Während also nachweisbar die Redaktoren dem Begriffe des Unternehmens einen engeren Sinn beilegten, als dem des Versuchs, versteht ihn die zur Herrschaft gelangte Ansicht umgekehrt im weiteren Sinne. Im direkten Gegensatze dazu ist zu behaupten, daß Unternehmen nur den planmäßig vorbereiteten und mit Überlegung ausgeführten Versuch bedeutet. — Andere halten die im § 82 gegebene Definition auch hier für anwendbar. Und zwar nehmen u. a. Oppenh.-Del. 1 an, daß „Unternehmen" nichts bedeute als den Versuch und die Gleichstellung des letzteren mit dem vollendeten Delikt hinsichtlich der Strafbarkeit zum Ausdrucke bringe. Vergl. auch die bei Rüd.-Stengl. zu § 114 zitierten Ausführungen des Abgeordneten Bürgers, sowie Huther, Ztschr. 18, 777 ff.

II. **Versuch.** — Die im § 105 angedrohte Strafe tritt auch dann ein, wenn das Unternehmen nicht gelungen ist. Es liegt also eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 44 vor, daß der Versuch milder zu bestrafen ist, als das vollendete Delikt. Aber diese Ausnahme greift nur dann platz, wenn der Versuch ein Unternehmen, also überlegt, planmäßig vorbereitet ist. Ist er das nicht, so gilt die Regel des § 44. — Ein Versuch des Delikts ist demnach denkbar, aber nicht als Versuch des Unternehmens, sondern als Versuch des Delikts selbst. Daher liegt auch kein Grund vor, die Anwendbarkeit des § 46 auszuschließen, und zwar befreit der Rücktritt vom Versuche auch dann, wenn ein Unternehmen in dem erwähnten Sinne vorliegt. Dies folgt aus dem Satze, daß Ausnahmen streng zu interpretieren sind. Übereinstimmend Schwarze a. a. O. — Die unter I bekämpfte Rechtsprechung und Litteratur muß natürlich die Möglichkeit eines Versuchs und damit auch die eines strafaufhebenden Rücktritts leugnen.

III. Zu den gesetzgebenden Versammlungen gehören auch der Bundesrat und der Landesausschuß für Elsaß-Lothringen (nur im Plenum), nicht aber Provinziallandtage, Kreistage und dergleichen Organe der Selbstverwaltung.

IV. Idealkonkurrenz mit Nötigung (§ 240) ist ausgeschlossen, dagegen namentlich denkbar mit § 81 Nr. 2.

§ 106.

Wer ein Mitglied einer der vorbezeichneten Versammlungen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verhindert, sich

Digitized by Google

an den Ort der Versammlung zu begeben oder zu stimmen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Festungshaft von gleicher Dauer bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Festungshaft bis zu zwei Jahren ein.

I. Über den Begriff der Gewalt s. § 52 I, über Drohung § 48 II 1a. Hier handelt es sich um eine Bedrohung. Dadurch wird ausgedrückt, daß sich die strafbare Handlung gegen das Mitglied der Versammlung selbst muß richten sollen.

II. Idealkonkurrenz mit Nötigung ist ausgeschlossen. S. § 240. A. A. scheinbar E 7, 223.

III. Wegen des entsprechenden Beamtendelikts s. § 339 Abs. 3.

§ 107.

Wer einen Deutschen durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung verhindert, in Ausübung seiner staatsbürgerlichen Rechte zu wählen oder zu stimmen, wird mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten oder mit Festungshaft bis zu fünf Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. Die Stelle betrifft die Verhinderung an solchen Wahlen, die in Ausübung staatsbürgerlicher Rechte vorgenommen werden können. (Vergl. dagegen die Fassung der §§ 108. 109: öffentliche Angelegenheiten). Den Gegensatz bilden namentlich:

1. kirchliche Wahlen. Diese gehören nur da hierher, wo das Territorialsystem gilt A. A. Oppenh.-Del. 2, Schneidler, GS. 40, 5, welche kirchliche Wahlen allgemein hierher rechnen;
2. Wahlen in Gemeinde- oder sonstigen kommunalen Angelegenheiten. Ebenso Olsh. 2. Rubo 5, Lutz, Der Begriff der Öffentlichkeit (1901) 15. Dagegen die herrschende Lehre, E 7, 223. Vergl. besonders Freudenthal, Die Wahlbestechung (1896) 63 ff.

II. Auf die Nötigung zur Ausübung des Wahlrechts findet die Stelle keine Anwendung. Ebenso Olsh. 3, v. Liszt § 169. A. A. Schneidler, GS 40, 13. Dagegen rechnet die herrschende Lehre (R 4, 266) den Fall hierher, daß jemand genötigt wird anders zu wählen als er wollte (bedenklich!).

III. Idealkonkurrenz mit Nötigung ist ausgeschlossen.

IV. Wegen des entsprechenden Beamtendeliktes s. § 339 Abs. 3.

§ 108.

Wer in einer öffentlichen Angelegenheit mit der Sammlung von Wahl- oder Stimmzetteln oder -Zeichen oder mit der Führung der Beurkundungsverhandlung beauftragt, ein unrichtiges Ergebnis der Wahlhandlung vorsätzlich herbeiführt oder das Ergebnis verfälscht, wird mit Gefängnis von Einer Woche bis zu drei Jahren bestraft.

Wird die Handlung von jemand begangen, welcher nicht mit der Sammlung der Zettel oder Zeichen oder einer anderen Verrichtung bei dem Wahlgeschäfte beauftragt ist, so tritt Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren ein.

Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Digitized by Google

I. Wie sich aus dem systematischen Zusammenhang ergiebt, ist unter **öffentlicher Angelegenheit** nicht jede einen größeren Personenkreis angehende Angelegenheit zu verstehen (Eisenbahnbau), sondern nur eine Angelegenheit des Staates oder einer öffentlichen Korporation, oder einer öffentlichen Stiftung, also Angelegenheiten der Gemeinden, Kreise, Provinzen, Kirchen, Universitäten, Akademieen, öffentlichen Krankenhäuser u. dgl. Ähnlich Lutz, Der Begriff der Öffentlichkeit (1900) 14. Man wird es aber weiter als selbstverständlich anzusehen haben, daß die Wahl offiziell, d. h. von dem maßgebenden Willen des Staates oder der öffentlichen Korporation usw. angesetzt sein muß. Gleichgiltig ist es dagegen, ob die Wahl öffentlich oder geheim, die Zahl der Wahlberechtigten größer oder kleiner ist. — Zu bemerken ist, daß die an dieser Stelle vom Gesetzgeber geschützten Wahlen über den Kreis der unter § 107 fallenden hinausgehen. Vergl. § 107 I und die dort zitierte (abweichende) Schrift von Freudenthal.

II. Der erste Absatz des Paragraphen wendet sich gegen solche Personen, die „mit der Sammlung von Wahl- oder Stimmzettel-, oder Zeichen, oder mit der Führung der Beurkundungshandlung beauftragt" sind, der zweite gegen Personen, „welche nicht mit der Sammlung der Zettel oder einer andern Verrichtung bei einem Wahlgeschäfte beauftragt sind".

Hinsichtlich der ersteren Personenkategorie ist die Strafe höher, mithin der qualifizierte Fall vorgestellt. Dabei ergiebt sich der Zweifel, ob solche Personen, die zwar mit einer Wahlverrichtung, aber weder mit dem Sammeln von Zetteln, noch auch mit der Beurkundung beauftragt sind, unter den einfachen oder unter den qualifizierten Fall zu subsumieren sind. Z. B. Beisitzer. Gemäß dem Satze in dubio mitius hat man sich für das erstere zu entscheiden. So auch Rüd.-Stengl. 3, Olsh. 5. A. A. Berner 384.

III. **Ergebnis der Wahlhandlung** ist der Wille der Wähler, wie er auf Grund der Wahlmaterialien, d. h. bei geheimen Wahlen auf Grund der abgegebenen Stimmzettel, bei öffentlichen Wahlen auf Grund der von dem Urkundsbeamten aufgenommenen Erklärungen der einzelnen Wähler konstatiert wird.

1. **Die Herbeiführung eines unrichtigen Wahlergebnisses** besteht darin, daß gesetzlich unzulässige Wahlmaterialien unter dem Scheine gesetzlich zulässiger eingeführt werden. Z. B. Einwerfen mehrerer Stimmzettel; mehrfache Stimmabgabe derselben Person, die sich verschiedene Namen beilegt, R 7, 168; Stimmabgabe von seiten eines nicht zur Wahl Berechtigten E 10, 60. (21, 414 nimmt an, daß bei Reichstagswahlen das formale Recht zur Teilnahme an der Wahl durch die Aufnahme in die Wählerliste begründet werde, selbst wenn diese Aufnahme, wie der Aufgenommene wußte, irrtümlich war); Aufstellen einer falschen Wählerliste; Zulassung eines nicht Wahlberechtigten zur Wahl; Aufnahme in ungesetzlicher Form abgegebener Stimmen als giltig in das Wahlprotokoll, E 5, 49; auch das Unterschieben eines Wahlzettels mit der Wirkung, daß der Wähler einen andern Zettel einzuwerfen glaubt, als er wirklich einwirft, wird hierher zu rechnen sein.
2. **Die Verfälschung des Wahlergebnisses** besteht darin, daß die Wahlmaterialien falsch benutzt werden und so (z. B. durch falsche Zählung der Stimmzettel) der Wille der Wähler in falscher Form konstatiert wird. Die Art und Weise der Konstatierung ist bei den verschiedenen Wahlen verschieden. Sie kann z. B. in Veröffentlichung in einem Blatt oder durch Anschlag oder durch die Schelle oder auch in Verkündung bestehen. Jedenfalls wird der Thatbestand des Delikts nur durch die falsche Konstatierung in amtlicher Form vollendet. Ist diese schriftlich, so hat eine vorausgehende falsche mündliche Verkündung des Wahlergebnisses rechtlich keine Bedeutung. A. A. die herrschende Lehre und E 20, 420.

In beiden Fällen (1 und 2) legt das Gesetz kein Gewicht darauf, ob das Wahlergebnis im ganzen oder ob nur das Stimmverhältnis beeinflußt wird. E 5, 49. 7, 144. 20, 420.

IV. In dem Falle unter III 2 ist Idealkonkurrenz mit falscher Beurkundung (§ 348) denkbar.

Digitized by Google

§ 109.

Wer in einer öffentlichen Angelegenheit eine Wahlstimme kauft oder verkauft, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

I. Indem das Gesetz zum Thatbestande der **Wahlbestechung** einen „Kauf" fordert (daher auch **Stimmenkauf**), bringt es zum Ausdruck, daß ein einseitiges Versprechen von Vorteilen (wie bei der Beamtenbestechung und verwandten Delikten §§ 332 ff.) nicht genügt, sondern eine — wenn auch nur stillschweigende — Willenseinigung erforderlich ist. E 17, 296. Im übrigen aber können die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über den Kauf um so weniger angewendet werden, als sie früher vielfach voneinander abwichen und die Kategorie des zivilrechtlichen Kaufs im strengen Sinne des Worts überhaupt nicht vorliegt. E 6, 194. Daher braucht die für die Wahlstimme gewährte Leistung nicht in Geld zu bestehen, sondern kann ein Vorteil irgendwelcher materieller Art sein. E 11, 218. 12, 296. Gleichgiltig ist auch, ob der Vorteil sofort gewährt oder nur zugesagt wird, wesentlich dagegen, daß er in erster Linie dem Verkäufer, nicht etwa der Allgemeinheit zu gute kommen soll. S. über die verschiedenen Ansichten Schneidler, GS 40, 21 ff., Freudenthal, Wahlbestechung (1896) 54 ff.

II. Der **Inhalt der Willenseinigung** ist näher dahin zu präzisieren, daß der Verkäufer der Wahlstimme sich gegenüber dem Käufer verpflichtet, seine Stimme in einem gewissen Sinne abzugeben. Wie gestimmt werden soll, kann gleich von vornherein festgesetzt oder von einer später auszugebenden Direktive, sei es des Käufers, sei es eines dritten, abhängig gemacht werden. Der Umstand, daß der Verkäufer auch ohnehin die Absicht hatte, so zu stimmen, wie er mit dem Käufer vereinbart hat, steht der Annahme der Wahlbestechung nicht entgegen, weil immerhin eine Willenseinigung vorliegt. E 9, 197. 17, 296. Ebenso genügt eine bedingte Einigung („ich stimme für X, wenn mir Y nicht mehr zahlt"). Auch wird der Thatbestand nicht dadurch beseitigt, daß sich der Käufer den Rücktritt im Wege der reservatio mentalis vorbehält. Hiervon ist der Fall zu unterscheiden, daß eine der Parteien nur scheinbar auf die Intentionen der andern eingeht. Alsdann liegt eine strafbare Handlung überhaupt nicht vor. Ähnlich, aber nicht völlig übereinstimmend, v. Liszt §§ 169. 137, Olsh. 3. A. A. Rüd.-Stengl. 4.

III. Veranlassung zur Stimmenthaltung fällt nicht unter den Begriff der Wahlbestechung. A. A. Meyer 655, Freudenthal a. a. O. 53.

IV. Der Begriff der **öffentlichen Angelegenheit** ist ebenso zu bestimmen wie im § 108.

V. Käufer kann jeder, nicht nur der Wahlkandidat sein, Verkäufer dagegen nur der Stimmberechtigte. Oppenh.-Del. 3.

VI. Verwandte Delikte s. KO § 243, HGB § 317.

VII. Über Teilnahme s. S. 68. 69.

Sechster Abschnitt.

Widerstand gegen die Staatsgewalt.

Es ist fraglich, ob Widerstand gegen die Staatsgewalt im Sinne dieses Abschnittes nur gegen die inländische oder auch gegen die ausländische Staatsgewalt geleistet werden kann. Soweit die Handlung sich äußerlich gegen Beamte wendet (§§ 113—119), folgt die Richtigkeit der ersteren Ansicht ohne weiteres aus § 359. Aber auch sonst muß sie für zutreffend angesehen werden, namentlich deshalb, weil das StGB die Handlungen gegen fremde Staaten im vierten Abschnitte besonders behandelt und nicht angenommen

Digitized by Google

werden kann, daß dieser Abschnitt aus sonstigen Vorschriften ergänzt werden dürfte. Ebenso Rüd.-Stengl. Vorbem. 1, Olsh. Vorbem. 1, v. Liszt § 171. A. A. Oppenh.-Del. Vorbem. 1, Berner 385 u. E 8, 53. Eine Ausnahme s. bei § 117.

§ 110.

Wer öffentlich vor einer Menschenmenge, oder wer durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder anderen Darstellungen zum Ungehorsam gegen Gesetze oder rechtsgiltige Verordnungen oder gegen die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen auffordert, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. Objekt des Deliktes ist die Autorität der Staatsgewalt, insofern sie sich in dem Erlasse von Gesetzen, Verordnungen und Anordnungen äußert. Wer ein Gesetz usw. angreift, greift damit auch die Autorität der Staatsgewalt an. Strafbar aber soll ein solcher Angriff nur dann sein, wenn er in der Aufforderung zum Ungehorsam gegen das Gesetz usw. besteht. Es fragt sich daher zunächst: welchen Gesetzen kann **Ungehorsam geleistet werden?** Offenbar nur solchen, die Gehorsam fordern. Die Auffassung, daß jedes Gesetz auch von dem Privatmann Gehorsam fordere, ist, wie R. Loening im Handwörterbuch der Staatswissenschaften Artikel „Arbeitsvertragsbruch" hervorhebt, ganz unhistorisch. Vergl. Frank, Ztschr. 14, 375. Auch kann die Antwort nicht aus solchen Äußerlichkeiten entnommen werden, je nach dem das Gesetz von einem „Müssen", einer „Verpflichtung" spricht oder nicht. Maßgebend kann vielmehr nur der gesamte Inhalt der einschlagenden Rechtsinstitutionen sein. Diese Erwägung führt zu dem Resultat, daß der Staat im Gesetze nur dann Gehorsam fordert, wenn er aus eigner Initiative gegen den widerstrebenden Willen reagiert. Überläßt er dagegen die Reaktion gegen gesetzwidriges Verhalten der Privatinitiative, so fordert er auch keinen Gehorsam. Es wäre in der That ein Widerspruch, wenn der Staat sagen wollte: ich verlange zwar, daß ihr meinen Gesetzen gehorcht, thut ihr es aber nicht, so lasse ich euch ruhig gewähren. Die entgegenstehende Auffassung müßte konsequenterweise den klagenden Privatmann als Mandatar des Staates ansehen.

Aus dem Gesagten folgt, daß die an Privatpersonen gerichtete Aufforderung zu einem den Zivilgesetzen widersprechenden Verhalten, insbesondere die **Aufforderung zum Kontraktbruch, zur Arbeiseinstellung, zur Nichtzahlung des Pachtzinses** straflos ist. Ebenso Meyer 657, besonders aber R. Loening a. a. O. und Klöppel, Gesetz und Obrigkeit (1891) 74 ff., hinsichtlich der Arbeitseinstellung auch Seuffert, Anarchismus und Strafrecht (1899) 128 ff. (unter Berufung auf ZPO § 888). A. A. Olsh. 7, Oppenh.-Del. 1, Rüd.-Stengl. 11, Berner 386, v. Liszt § 175, Roßmann, Ist die öffentliche Aufforderung zum Streik strafbar? (1892) und E 20, 63, 150. 21, 192. 299. 304. 355. 22, 185. Das RG und die meisten Schriftsteller, die eine Strafbarkeit hier überhaupt für möglich halten, fügen allerdings unter Bezugnahme auf das oben bezeichnete Angriffsobjekt des Delikts die Beschränkung hinzu, daß die Aufforderung zu einem konkreten Vertragsbruche nicht genüge, sondern daß zu einem Ungehorsam gegen das Gesetz schlechthin, gegen das Gesetz als solches, gegen seine Autorität und bindende Kraft aufgefordert sein müsse. Demnach wäre es straflos, wenn in einer Arbeiterversammlung gesagt würde: Stellt morgen eure Arbeit ein — dagegen strafbar, wenn gesagt würde: Haltet euch überhaupt an keine Kündigungsfristen mehr.

Nach der richtigen Ansicht fallen unter den § 110 Gesetze, nur soweit sie öffentlichrechtliche sind, namentlich also Strafgesetze, Steuergesetze und Gesetze polizeilichen Charakters (z. B. GO § 27). Im übrigen ist

Digitized by Google

zwischen Reichs- und Landesgesetzen nicht zu unterscheiden. Nur wird bei den letzteren selbstverständlich Giltigkeit vorausgesetzt. Indem das RG E 34, 121 das landesrechtliche Verbot des Streikpostenstehens für ungiltig erklärt, spricht es auch die Straflosigkeit der Aufforderung zum Ungehorsam dagegen aus.

Diesen Gesetzen stehen nach ausdrücklicher Bestimmung des § 110 (aber wiederum nur, insofern sie Gehorsam fordern) gleich:

1. rechtsgiltige Verordnungen, d. h. solche, welche staatsrechtlich giltig sind, nicht auch solche, die, ohne staatsrechtlich giltig zu sein, gleichwohl vom Richter bis zu ihrer formellen Aufhebung als verbindlich behandelt werden müssen. Ebenso Olsh. 17, Hälschner 2, 797. A. A. Oppenh.-Del. 3. Gleichgiltig ist die Stelle, von welcher die Verordnung ausgeht (königliche Verordnung, Ministerialverordnung, Regierungsverordnung u. s. w.);
2. die von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit getroffenen Anordnungen. Diese unterscheiden sich von den Verordnungen durch ihren konkreten Inhalt. Z. B. Sperrung einer bestimmten Straße für den Verkehr. Gerade umgekehrt wollen Olsh. 19, Rüd.-Stengl. 6 und E 21, 192 die konkreten Anordnungen ausnehmen, während Meyer 658, E 8, 321, R 6, 605 generelle und konkrete Anordnungen einander gleichstellen. Daß danach kein Unterschied zwischen Verordnung und Anordnung übrig bleibt, liegt auf der Hand. Allerdings ist nicht jede von einem Beamten, z. B. einem Schutzmann oder einem Gendarmen, ausgehende Anweisung eine von der Obrigkeit getroffene Anordnung. Denn zum Begriffe der Obrigkeit gehört die Befugnis, die Staatsgewalt in gewissem Umfange selbständig auszuüben und generelle Vorschriften zu erlassen. In dieser Beziehung übereinstimmend R 6, 605. Vergl. auch E 10, 296, welche Entscheidung im wesentlichen auf dem Boden der hier vertretenen Ansicht steht.

Zukünftige Gesetze, Verordnungen und Anordnungen fallen, wie sich unmittelbar aus dem Wortlaute ergiebt, nicht unter § 110. Wohl aber wird die öffentliche usw. Aufforderung zum Ungehorsam gegen ein bereits publiziertes Gesetz von dem Thatbestande umfaßt, selbst wenn das Gesetz erst später in Wirksamkeit treten sollte. Mit der herrschenden Lehre wird man ferner annehmen müssen, daß nur die Aufforderung zum Ungehorsam gegen bestimmte Gesetze usw. hierher gehört. S. Olsh. 21.

II. Die Handlung besteht in der **Aufforderung** zum Ungehorsam. Aufforderung ist eine Erklärung des Inhalts, daß ihr Adressat ein bestimmtes Verhalten einschlagen solle. Subjektiv ist das Bewußtsein erforderlich, daß die Erklärung in diesem Sinne und als Ausdruck einer Willensmeinung des Erklärenden verstanden werde. Die Annahme, die Äußerung werde als Scherz aufgefaßt werden, schließt den Dolus aus. Dagegen ist nicht erforderlich, daß der Auffordernde die Bethätigung des Ungehorsams beabsichtige. In letzterer Beziehung übereinstimmend E 7, 113, Rüd.-Stengl. 12. A. A. wohl Olsh. 3. 23, Oppenh.-Del. 20 zu § 85. Die Frage liegt genau wie bei § 49 a; vergl. daf. VI 1. Strafbar ist die Aufforderung

1. wenn sie öffentlich vor einer Menschenmenge ergeht.
   a) **Öffentlich** bezeichnet entweder eine Beziehung auf ein politisches Gemeinwesen, oder auf einen größeren nicht scharf begrenzten, jedermann zugänglichen Personenkreis. Hier trifft das Letztere zu und zwar könnte die Beziehung gefunden werden in der allgemeinen Zugänglichkeit des Orts oder darin, daß die Aufforderung von einem individuell nicht bestimmten Personenkreis wahrgenommen wurde, oder darin, daß sie wenigstens von einem solchen hätte wahrgenommen werden können. Die letztere Auffassung ist die durch den Sprachgebrauch des Lebens gebotene, überdies durch die Motive bestätigte (s. Rüd.-Stengl. Vorbem. 3 zum sechsten Abschnitt), auch fast allgemein angenommene. Man wird der Rechtsprechung des RG's auch darin beizutreten haben, daß den Gegensatz zu einem größeren nicht scharf abgegrenzten Personenkreise ein solcher bildet, der durch persönliche Beziehungen zusammengehalten

Digitized by Google

wird. E 21, 254. 22, 241. Demgemäß ist die Aufforderung eine öffentliche, wenn sie von einem größeren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammengehaltenen Kreise von Personen wahrgenommen werden konnte. Der Öffentlichkeit steht es daher nicht entgegen, wenn der Personenkreis zufällig individuell bekannt ist (z. B. die Anwesenden haben ihre Namen in eine Liste eingetragen). Vergl. Lutz, Der Begriff der Öffentlichkeit (1901), bes. 40 ff.

b) Was den Begriff der **Menschenmenge** anlangt, so wird sich eine bestimmte Minimalzahl nicht angeben lassen, wohl aber kann man sagen, daß eine Menschenmenge dann vorhanden ist, wenn es zur Bestimmung der Zahl einer längeren Zeit bedarf. Zu weitgehend Olsh. 7, Hälschner 2, 492, Merkel 378, die eine Menschenmenge schon dann annehmen, wenn sich die Zahl nicht auf den ersten Blick feststellen läßt. Ähnlich Meyer 651 (eine Menschenmenge liege vor, wenn es auf den Zu- oder Abgang einzelner nicht mehr ankomme). Vergl. E 9, 143 und Heilborn Ztschr. 18, 183 ff. Außerdem aber liegt, wie Olsh. richtig hervorhebt, im Wesen der Menschenmenge etwas Ungeordnetes, so daß bspw. aufgestellte Kriegervereine keine Menschenmenge bilden. A. A. Meyer 657. Daß die Aufforderung sich an die Menschenmenge richte, ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn sie für die Menschenmenge wahrnehmbar ist. E. 5, 60. Die Aufforderung ist ferner strafbar wenn sie ergeht

2. durch Verbreitung oder öffentlichen Anschlag oder öffentliche Ausstellung von Schriften oder andern Darstellungen.

a) Der Begriff des **Verbreitens** gehört dem Preßrechte an. Man wird darunter eine Thätigkeit zu verstehen haben, durch die eine Schrift ihrem Inhalte und ihrer Substanz nach (also nicht Vorlesen!) einem größeren Personenkreise zugänglich gemacht wird. E. 30, 224. Insofern wird also von dem Begriffe der Verbreitung der der Öffentlichkeit eingeschlossen. Individuelle Bestimmbarkeit der Personen steht aber weder dem einen, noch dem andern Begriffe entgegen. Abweichend fordert v. Liszt § 109 Zugänglichmachung an das Publikum schlechthin. Die Aufgabe zur Post ist an sich noch nicht Verbreitung; sie wird dazu erst dann, wenn durch den Postboten die Schrift thatsächlich einem größeren Personenkreise zugänglich gemacht wird. Deren Mitteilung an nur eine Person, damit sie demnächst die Schrift weitergebe, kann noch nicht als Verbreitung angesehen werden. Im wesentlichen übereinstimmend Olsh. 10. A. A. dagegen R 6, 703. 9, 490 (die Verbreitung beginne schon mit der Aufgabe zur Post), E 16, 245 (Mitteilung an nur eine Person zum Zwecke des Umlaufs sei schon Verbreitung).

b) Das **Anschlagen** und das **Ausstellen** unterscheiden sich von der Verbreitung dadurch, daß nur der Inhalt, nicht die Substanz der Schrift zugänglich gemacht wird. Das öffentliche „Anschreiben", z. B. an eine Mauer, betrachten die meisten als ein Ausstellen. S. v. Liszt § 109, Olsh. 12 und E 11, 282. Bedenklich wegen Preßges. § 9. Das Anschlagen und das Ausstellen muß öffentlich erfolgen. Vergl. oben 1a.

III. **Vollendung.** — In allen Fällen gehört zum Begriffe der Aufforderung und damit zum Thatbestande des Delikts, daß von dem Inhalte derselben Kenntnis genommen werde. Dies gilt namentlich auch dann, wenn die Aufforderung durch Verbreitung oder durch Anschlag oder Ausstellen von Schriften erfolgt. Verurteilung kann daher erst dann erfolgen, wenn die Kenntnisnahme durch jemanden bewiesen ist. So Olsh. 4. A. A. E 5, 60, Rüd.-Stengl. 3.

IV. **Vorsatz.** — Der Vorsatz richtet sich durchaus nach den allgemeinen Regeln. Wird zum Ungehorsam gegen obrigkeitliche Anordnungen aufgefordert, so gehört zu ihm das Bewußtsein, daß dieselbe von der Obrigkeit innerhalb ihrer Zuständigkeit erlassen sei. Ebenso Olsh. 23, v. Liszt § 175. Abweichend E 12, 6, Rüd.-Stengl. 12. Vergl. außerdem oben II.

V. Wer **Thäter** ist, ergiebt sich, wenn die Handlung vor einer Menschenmenge be-

Digitized by Google

gangen wird, von selbst. Bei Begehung durch Verbreitung usw. von Schriften oder andern Darstellungen ist hervorzuheben, daß nicht der Verfasser als Thäter erscheint, sondern wer verbreitet, anschlägt oder ausstellt. Aber auch bei diesem muß hinzukommen, daß er gleichzeitig auffordert. Denn bestraft wird nicht die Verbreitung, sondern die Aufforderung durch Verbreitung. Vergl. darüber Oppenh.-Del. 20 zu § 85, E 7, 113, Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals 16, 631. 786. 17, 815. 18, 426.

VI. Wegen der **Verjährung** ist auf Preßgesetz § 22 zu verweisen.

§ 111.

Wer auf die vorbezeichnete Weise zur Begehung einer strafbaren Handlung auffordert, ist gleich dem Anstifter zu bestrafen, wenn die Aufforderung die strafbare Handlung oder einen strafbaren Versuch derselben zur Folge gehabt hat.

Ist die Aufforderung ohne Erfolg geblieben, so tritt Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre ein. Die Strafe darf jedoch, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte.

I. **Verhältnis der Stelle zu der vorigen.** — Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als enthielte § 111 nur einen Spezialfall des § 110 mit Ausschluß der Idealkonkurrenz. So E 4, 106. 8, 321, Merkel 389. Diese Auslegung läßt es aber vollständig unerklärt weshalb im § 111 das Strafmaß gegenüber § 110 erheblich geringer teils ist, teils sein kann. In Wahrheit ist mit der herrschenden Lehre der Unterschied darin zu finden, daß § 110 den Ungehorsam gegen das Gesetz als solches, § 111 die Aufforderung zur Begehung eines konkreten Delikts betrifft. E 10, 296. 21, 192. 256, Olsh. 9, Rüd.-Stengl. 14 zu § 110. — Wegen Beschlagnahme s. Preßgesetz § 23 Nr. 3.

II. **Die Handlung, zu deren Begehung aufgefordert wird, muß kriminell strafbar sein.** Bloße disziplinare Strafbarkeit genügt nicht; denn das StGB bezieht sich überhaupt nur auf die kriminelle. E 32, 77. Im übrigen ist es gleichgiltig, ob die Handlung nach Reichs- oder nach Landesrecht strafbar, ob sie Verbrechen, Vergehen oder Übertretung ist. Das Gesetz unterscheidet aber danach, ob die Aufforderung Erfolg hatte oder nicht. Im ersteren Falle soll der Auffordernde „gleich dem Anstifter" bestraft werden. Diese Wendung hat nur dann einen klaren Sinn, wenn man es für die Anstiftung als wesentlich erachtet, daß sie sich an eine individuelle Person richtet. Vergl. § 48 III 2. Andernfalls muß man die Fassung des Gesetzes für inkorrekt erklären. Ähnlich übrigens Seemannsordnung § 102. S einerseits v. Liszt § 175, anderseits Binding 1, 590 und Olsh. 6. Wird zufolge der Aufforderung die strafbare Handlung von mehreren Personen begangen, so liegt, wie hier auch die herrschende Lehre zugiebt (s. § 73 III 3 a), nur Idealkonkurrenz, nicht Realkonkurrenz vor. E 3, 145.

Bei erfolgloser Aufforderung ist das Strafmaximum doppelt bestimmt: absolut, insofern es niemals ein Jahr Gefängnis übersteigt, relativ, insofern es niemals höher ist als das Strafmaximum der Handlung, zu deren Begehung aufgefordert wurde. Zutreffendenfalls ist also auf Festung, jedoch nie über 8 Monate zu erkennen. Vergl. § 21 und Olsh. 12.

III. Wegen der einzelnen Thatbestandsmerkmale s. § 110. Was den **Dolus** betrifft so fordert E 27, 406 das Bewußtsein der Strafbarkeit der Handlung, zu welcher aufgefordert wurde. Dem ist nicht beizutreten. Denn wenn dieses Bewußtsein weder zur Strafbarkeit des Thäters noch des Anstifters gefordert wird, so liegt kein genügender Grund vor, es hier zu verlangen. Die Frage liegt ebenso wie bei § 49a. Vergl. das. V 1.

Digitized by Google

IV. Einen Spezialfall des § 111 bietet § 85. Wie mit dieser Stelle ist Idealkonkurrenz auch gegenüber § 49 a wegen des subsidiären Charakters desselben ausgeschlossen.

§ 112.

Wer eine Person des Soldatenstandes, es sei des Deutschen Heeres oder der Kaiserlichen Marine, auffordert oder anreizt, dem Befehle des Oberen nicht Gehorsam zu leisten, wer insbesondere eine Person, welche zum Beurlaubtenstande gehört, auffordert oder anreizt, der Einberufung zum Dienste nicht zu folgen, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. **Personen des Soldatenstandes** sind alle Angehörigen des Deutschen Heeres und der Kaiserlichen Marine, sofern sie nicht Militärbeamte sind. S. das dem MStGB als Anlage beigefügte Verzeichnis. Das Herr zerfällt in das stehende Heer und in die Landwehr — die Marine in die Flotte und in die Seewehr. Ges. v. 9./11 1867 § 3. Zu den Personen des Soldatenstandes gehören somit auch die Personen des Beurlaubtenstandes und zu diesen insbesondere auch die vorläufig in die Heimat beurlaubten Rekruten und Freiwilligen. Reichsmilitärges. § 56. E 26, 314. 27, 406. Unhaltbar aber ist die Ausführung dieser Urteile, daß der Irrtum über die Zugehörigkeit einer Person zum Soldatenstande unerheblich sei. Vergl. dagegen § 59 V 1 und Olsh. 3.

II. Die **Begriffe des Auffordern und des Anreizens** sind nahe verwandt. Der Unterschied liegt darin, daß, wie sich aus § 110 II ergiebt, der Aufgeforderte das Bewußtsein hat, aufgefordert zu werden, während bei dem Angereizten das entsprechende Bewußtsein fehlt oder doch fehlen kann. Anreizen bezeichnet mithin die versteckte, indirekte Einwirkung auf die Leidenschaft und die Sinne (Antonius in Shakespeares Julius Cäsar, der Wirt, Merkel in Sudermanns Katzensteg). Ähnlich die meisten, z. B. Hälschner 2, 802, Olsh. 1. Zur Vollendung des Delikts gehört auch hier, daß die Aufforderung oder Anreizung zur Kenntnis des Adressaten, mithin der Militärperson gelangt sei. E 5, 60. Sie muß sich an eine erkennbar bestimmte Person richten. R 1, 201.

III. Wie aus dem Singular und dem bestimmten Artikel „dem Befehle" zu entnehmen ist, handelt es sich stets um einen konkreten **Befehl** oder eine konkrete **Einberufung zum Dienst**. Vergl. E 27, 406 (speziell den Fall behandelnd, daß Rekruten zur Verbreitung sozialdemokratischer Lehren unter ihren Kameraden aufgefordert werden). Wer also eine Person des Soldatenstandes anreizt, sich im allgemeinen der militärischen Disziplin nicht zu fügen, fällt nicht unter die vorliegende Stelle. Weiter aber ist zwischen dem Befehl und der Instruktion zu unterscheiden. Die letztere ist nach der im Militärstrafrecht nunmehr herrschenden Auffassung an sich kein Befehl, sie kann aber in concreto zu einem solchen gemacht werden, wenn ihr Inhalt speziell von einem Vorgesetzten anbefohlen wird. Vergl. Hecker, Lehrbuch des deutschen Militärstrafrechts 293 ff. Daher fällt nicht unter § 112, wer einen militärischen Posten zum Rauchen auffordert, es sei denn, daß diesem das Rauchen ausdrücklich von einem Vorgesetzten verboten worden wäre. R 4, 616. Dagegen würde die Aufforderung, einem demnächst zu erwartenden Befehle nicht zugehorchen, unter das Gesetz fallen, sofern in der That der Befehl später erteilt wird. Vergl. Rüd.-Stengl. 5. (In derartigen Fällen spricht Binding von bedingten Verbrechen).

IV. Zum **Vorsatze** gehört das Bewußtsein, daß das angesonnene Verhalten gegen einen Befehl oder eine Einberufung in dem unter III ausgeführten Sinne verstößt. Dol. event. ist in der Art denkbar, daß der Thäter zur Nichtbefolgung eines Befehls usw. auffordert für den Fall, daß ein solcher erlassen sei oder erlassen werden sollte. E 7, 113. 27, 406. Vergl. auch o. 1.

V. Idealkonkurrenz mit §§ 110. 111 ist möglich. Dagegen tritt § 48 in Verbindung mit MStGB § 92 gegenüber der vorliegenden Stelle zurück.

Digitized by Google

§ 113.

Wer einem Beamten, welcher zur Vollstreckung von Gesetzen, von Befehlen und Anordnungen der Verwaltungsbehörden oder von Urteilen und Verfügungen der Gerichte berufen ist, in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer einen solchen Beamten während der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes thätlich angreift, wird mit Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark ein.

Dieselben Strafvorschriften treten ein, wenn die Handlung gegen Personen, welche zur Unterstützung des Beamten zugezogen waren, oder gegen Mannschaften der bewaffneten Macht, oder gegen Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr in Ausübung des Dienstes begangen wird.

I. **Begriff der Vollstreckung.** — Die Stelle betrifft die sog. Widersetzlichkeit oder den Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte als den bei weitem wichtigsten und häufigsten Fall des Widerstandes gegen die Staatsgewalt. Der Begriff des Beamten ist aus § 359 zu entnehmen. Unrichtig zählt E 8, 53 auch ausländische Beamte hierher.

Unter Vollstreckung versteht man die gegen eine Person oder Sache nötigenfalls zwangsweise auszuführende Verwirklichung eines nach Form und Inhalt genau festgestellten Willens. Oder, wie man gelegentlich gesagt hat: die Umsetzung eines autoritativen Willens in die Wirklichkeit. Hier handelt es sich nur um den staatlichen Willen, wie er durch das Gesetz (oder die dem Gesetze gleichstehende Verordnung), durch Verwaltungsbehörden oder durch Gerichte ausgesprochen wird. Die Beamten, denen die Verwirklichung eines solchen Willens obliegt (z. B. Gerichtsvollzieher, Steuerexekutoren), sind regelmäßig andere als die, welche ihn aussprechen. Jedoch steht die Identität des den Willen aussprechenden und des ihn erzwingenden Beamten dem Begriffe der Vollstreckung nicht entgegen. Diese Erwägung wird als der Grund angesehen werden müssen, weshalb § 113 von der Vollstreckung „des Gesetzes" spricht. S. Oppenh.-Del. 5. Man denke z. B. an einen mit der Beaufsichtigung des Verkehrs betrauten Schutzmann, der seine eigenen Anordnungen, oder an einen Richter, der die von ihm in Ausübung der Sitzungspolizei erlassenen Verfügungen selbst zur Ausführung bringen muß. E 15, 227 (mit der zutreffenden Ausführung, daß § 113 sich nicht bloß auf die eigentlichen Exekutivbeamten beziehe). Vergl. auch Nahrungsmittelgef. § 2. Die Ausdrucksweise des § 113 darf aber nicht dazu verleiten, jede dem Gesetze entsprechende Amtsthätigkeit als eine Vollstreckung anzusehen. Die eine Willenserklärung erst vorbereitende Thätigkeit fällt jedenfalls nicht unter diesen Begriff. Der untersuchende Richter handelt zwar gemäß dem Gesetze, aber er vollstreckt es nicht. E 14, 259.

II. **Ausübung des Amtes.** — Den Schutz des § 113 genießen Beamte nur bei der Ausübung ihres Amtes. Dies kann nur so verstanden werden, daß sie sich gerade auf Grund der Berufung zu Vollstreckungshandlungen in Amtsthätigkeit befinden müssen. Dem Staatsanwalt liegt zwar nach der StPO die Vollstreckung richterlicher Urteile ob; plädiert er aber in der Sitzung, so amtiert er nicht als Vollstreckungsbeamter, und ein während des Plaidoyers gegen ihn gerichteter thätlicher Angriff fällt nicht unter § 113. Ebenso ist erforderlich, daß die Vollstreckungshandlung bereits begonnen habe. Wer den zum Zwecke der Pfändung auf einer Dienst-

Digitized by Google

reise befindlichen Gerichtsvollzieher thätlich angreift, ist nicht des Widerstandes gegen die Staatsgewalt schuldig. E 3, 334. 4, 143. 20, 35. 22, 227 (mit der Ausführung, daß die Vollstreckung bereits mit dem Betreten der Wohnung des auszupfändenden Schuldners beginne). R 9, 525. 10, 179. Selbstverständlich gehört der Widerstand gegen einen in privaten Angelegenheiten thätigen Beamten nicht hierher. E 26, 291.

III. **Rechtmäßigkeit der Amtsausübung.** — Der Thatbestand fordert weiter, daß die Amtsausübung eine rechtmäßige sei, d. h. von dem zuständigen Beamten unter den rechtlichen Voraussetzungen, in der rechtlich vorgeschriebenen Form und in dem rechtlich vorgeschriebenen oder zugelassenen Umfange erfolge. Maßgebend ist teils Reichs-, teils Landesrecht. Vergl. z. B. GVG §§ 153. 168, StPO §§ 98 ff. 112 ff. 481 ff., preußisches Allgemeines Landrecht § 10 II 17, preußisches Ges. v. 12./2 1850 betreffend den Schutz der persönlichen Freiheit. Dabei ist hervorzuheben, daß Verhaftungen, Zwangsgestellungen, Beschlagnahmen zum Zwecke der Strafverfolgung sich lediglich nach Reichsrecht beurteilen, während das Landesrecht eingreift, sofern diese Maßregeln zum Zwecke der Verhütung einer strafbaren Handlung oder zu Sicherungszwecken vorgenommen werden. E 15, 356. 32, 271. Wenn E 32, 199 die polizeiliche Anwendung der Vertillonage gegen einen Festgenommenen deshalb für eine rechtmäßige Amtsausübung erklärt, weil landesrechtlich die Polizei die nötigen Anstalten zur Erhaltung der öffentlichen Sicherheit zu treffen habe, so ist dieser Begründung nicht beizutreten. Im einzelnen gehört zur Rechtmäßigkeit der Amtsausübung folgendes:

1. Der Beamte muß zuständig sein, und zwar sowohl sachlich wie örtlich. Das heißt: er muß im allgemeinen befugt sein, Handlungen der fraglichen Art an dem fraglichen Orte vorzunehmen (sog. abstrakte Zuständigkeit). Sachlich unzuständig ist der Beamte, wenn er Handlungen der fraglichen Art entweder überhaupt nicht oder doch nicht zu dem in Rede stehenden Zwecke vornehmen darf. So ist der Steuerexekutor nicht befugt, eine Pfändung zum Zwecke der Vollstreckung eines Zivilurteils vorzunehmen. Polizeibeamte dürfen (im Gebiete des Allgemeinen Landrechts) zum Zwecke der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder zum Zwecke der Verhütung eines Verbrechens, aber nicht zur Schlichtung von Privatstreitigkeiten eingreifen. E 3, 186. 11, 101. R 6, 806, 10, 585. E 29, 199 (bezgl. Herausgabe eines Kindes). Der Verdacht, eine strafbare Handlung werde begangen werden, berechtigt noch nicht zur Durchsuchung der Person. R 4, 415. Gemäß StPO § 161 sind die Beamten des Polizei- und Sicherheitsdienstes befugt, Zeugen eines Delikts behufs Feststellung ihrer Persönlichkeit zwangsweise zu gestellen. E 18, 426. — Örtlich unzuständig ist der Beamte, wenn er die Grenzen seines Amtsbezirks überschreitet; es sei denn, daß ein Fall vorläge, in dem ihm ein solches Überschreiten gestattet ist, z. B. GVG § 168 (Nachteile).
2. Der Beamte muß aber weiter auch in concreto zur Vornahme der Handlung befugt sein, das heißt: es müssen die rechtlichen Voraussetzungen zum amtlichen Eingreifen vorliegen, und er muß sich innerhalb der rechtlichen Schranken halten (sog. konkrete Zuständigkeit). Die Frage, inwiefern ein dabei unterlaufender Irrtum Einfluß auf die Rechtmäßigkeit der Handlung hat, ist sehr bestritten. Vergl. darüber Hiller, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung (1873), v. Kirchenheim, GS 30, 172 ff., Binding 1, 740 ff., v. Streit, Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt (1892), v. Kallina, Notwehr gegenüber Amtshandlungen (1898).

   Auf der einen Seite hebt man hervor, daß der Irrtum des Beamten ein objektiv widerrechtliches Verhalten nicht zu einem rechtmäßigen machen könne. Dem tritt man von der andern Seite mit folgenden Erwägungen entgegen. Häufig fordere das Gesetz oder die Verordnung von dem Vollstreckungsbeamten ein Vorgehen nach „pflichtmäßigem Ermessen"; handle der Beamte dementsprechend,

Digitized by Google

so könne seine Amtsausübung nicht deshalb als eine rechtswidrige erscheinen weil sich bei objektiver Prüfung ergiebt, daß die Voraussetzungen zu ihrem Vollzuge nicht vorlagen. Handle aber der Beamte kraft eines ihm von seiner vorgesetzten Behörde erteilten Auftrags, so sei er regelmäßig verpflichtet, diesem nachzukommen, und somit könne seine Amtsausübung selbst dann nicht rechtswidrig sein, wenn der Auftrag zu Unrecht erteilt wurde.

Von diesen beiden Einwendungen erscheint die erste als berechtigt. Die entgegengesetzte Auffassung würde zu der Folgerung führen, daß das Recht wenigstens eventuell etwas Rechtswidriges fordern könne. Aber die Einwendung ist nur insofern stichhaltig, als das Vorgehen des Beamten auf einem entschuldbaren Irrtum über die thatsächlichen Voraussetzungen der Amtshandlung beruht. Ein unentschuldbarer Thatirrtum oder ein Rechtsirrtum des Beamten sind also niemals geeignet, die Amtsausübung zu einer rechtmäßigen zu machen. Ebenso das RG. E 5, 296. 19, 69. 30, 348. 32, 269. R 10, 40; im wesentlichen auch Olsh. 15. 16.

Dagegen kann die zweite der erwähnten Einwendungen nicht für stichhaltig angesehen werden. Denn wenn auch der Vollstreckungsbeamte dem Befehle der vorgesetzten Behörde Folge leisten muß, so ergiebt sich hieraus noch nicht die Verpflichtung der Unterthanen, sich ein amtliches Eingreifen deshalb gefallen zu lassen, weil es von oben herunter befohlen ist. Vielmehr handelt in derartigen Fällen die Behörde durch ihren Beamten rechtswidrig. Die entgegengesetzte Meinung würde die Unterthanen sogar der bewußten Rechtsbeugung preisgeben. Übereinstimmend Oppenh.-Del. 13, Binding 1, 743, v. Streit 105, v. Kirchenheim GS 30, 195. A. A. Olsh. 15, v. Liszt § 171 und das RG. E 2, 411, R 2, 559. 4, 418. 7, 280.

3. Die Amtsausübung muß endlich in der richtigen Form erfolgen, d. h. unter den Formalitäten, von deren Beobachtung das Recht die Giltigkeit der Amtshandlung abhängig macht. Z. B. Zuziehung von Zeugen zur Zwangsvollstreckung nach ZPO § 759, E 7, 370. Die Nichtbeachtung nur „instruktionsweise" vorgeschriebener Formalitäten (z. B. Herunterlassen der Schuppenketten am Helm) thut dagegen der Rechtsgiltigkeit der Amtshandlung keinen Eintrag. Vergl. E 25, 112.

Fehlt es der Amtsausübung an der Rechtmäßigkeit in dem dargelegten Sinne, so ist der Widerstand straflos und Notwehr zulässig. Vergl. u. VI.

IV. **Den Beamten gleichgestellte Personen.** — Den Beamten hinsichtlich des Schutzes gleichgestellt sind:

1. Personen, welche zu ihrer Unterstützung zugezogen waren, nicht solche, die freiwillig den Beamten beigesprungen sind; auch nicht die Solennitätszeugen der Zwangsvollstreckung; ebensowenig solche Personen, denen der Beamte die Vornahme einer Amtshandlung übertragen hat. E 32, 246. Vorausgesetzt ist, soweit das Gesetz Anwendung findet, nicht nur, daß die Amtsausübung rechtmäßig ist, sondern auch weiter, daß die zugezogenen Personen innerhalb der ihnen gebotenen Grenzen bleiben;
2. Mannschaften der bewaffneten Macht oder Mannschaften einer Gemeinde-, Schutz- oder Bürgerwehr, beide, wenn sie sich in Ausübung des Dienstes befinden. Gemeint sind organisierte Vereinigungen mit einer der militärischen sich nähernden Disziplin zur Aufrechterhaltuug der öffentlichen Ruhe und Sicherheit. Die Feuerwehr wird man nicht hierher zählen dürfen, weil sie andere Zwecke verfolgt. Ebenso Olsh. 10. Im übrigen wird nicht vorausgesetzt, daß die Mannschaften zur Zeit der That in Ausübung einer Vollstreckungshandlung begriffen sind. E 13, 105.

V. Die **Handlung** kann bestehen:

Digitized by Google

1. in der Leistung von **Widerstand**, d. h. in der Bereitung eines Hindernisses für den Vollzug der Vollstreckungshandlung. Daß der Beamte vor dem Hindernis zurückgewichen sei, gehört nicht zum Begriffe. Es genügt, wenn ihm objektiv ein solches bereitet wird, und wenn subjektiv der Thäter darum weiß. Insofern der Widerstand mittels Drohung erfolgt, reicht die Bereitung eines psychischen Hindernisses aus. Aber auch in diesem Falle ist zu beachten, daß der Beamte in der That die Drohung als Hindernis empfunden haben muß. Mittel der Widerstandsleistung können sein:
   a) **Gewalt.** S. § 52. Man wird der durchaus herrschenden Lehre darin beizutreten haben, daß die vorliegende Stelle aktive Gewalt gegen die Person fordert. Es genügt also auch die direkt gegen Sachen entfaltete, sofern sie dem Beamten physisch fühlbar ist. Eine nur gegen Sachen gerichtete Gewalt, z. B. Verschließen einer Thür oder Vernichtung des zu pfändenden Gegenstandes, reicht nicht aus. R 3, 11. Ebensowenig eine Gewalt, die sich gegen dritte Personen, z. B. gegen den den Beamten begleitenden Sohn richtet. Eine indirekt gegen die Person ausgeübte Gewalt liegt z. B. dann vor, wenn dem Beamten eine Sache, die er bereits ergriffen hat, mit Kraftaufwendung wieder entrissen wird. R 7, 85. Passiver Widerstand reicht niemals aus (z. B. die zu verhaftende Person wirft sich auf die Erde). Sehr bedenklich R 7, 280, welche Entscheidung es nicht als passiven Widerstand, sondern als Gewaltanwendung ansieht, wenn sich die zu verhaftende Person mit den Händen an einen festen Gegenstand anklammert und mit den Füßen dagegen stemmt.
   b) **Bedrohung mit Gewalt.** Ueber den Begriff der Drohung s. § 48 II 1a. Hier muß eine Bedrohung vorliegen, d. h. das Uebel, mit dem gedroht wird, muß sich gegen den Beamten selbst wenden. Die Bedrohung braucht keine ernstgemeinte zu sein. Es genügt in subjektiver Beziehung die Vorstellung, daß der Beamte sie für ernstlich halte. Ebensowenig ist erforderlich, daß mit einer während der Vollstreckungshandlung auszuübenden Gewalt gedroht werde;
2. in einem **thätlichen Angriff**, d. h. einer Handlung, die vorgenommen wird, um einen andern (den Beamten) zu verletzen, und zwar in der Art, daß die Verletzung in zeitlich unmittelbarer Folge eintreten soll. Wirklicher Eintritt der Verletzung gehört nicht zum Begriff. Thätlicher Angriff liegt mithin auch dann vor, wenn der Schlag abgewehrt wird oder fehlgeht. E 7, 301.

Der Widerstand muß „in" der Amtsausübung erfolgen, d. h. gegen dieselbe gerichtet sein. Dagegen ist bei einem thätlichen Angriff nur erforderlich, daß er „während" derselben vorgenommen werde. Es bedarf daher bei thätlichem Angriff weder subjektiv der Absicht oder des Bewußtseins, ein Hindernis zu bereiten, noch auch objektiv des Eintritts eines solchen. A. A. E. 13, 205, welches Urteil ein objektives Hindernis verlangt.

VI. Zum **Vorsatz** gehört nicht nur das Bewußtsein, einem Beamten gegenüberzustehen, sondern auch das Bewußtsein, daß sich dieser in rechtmäßiger Amtsausübung befinde. Ein Irrtum hierüber (Putativnotwehr) würde mithin den Dolus ausschließen. Ebenso Olsh. 28, Oppenh.-Del. 24, v. Liszt § 171, Meyer 649, Guggenheimer, Irrtum des Thäters usw. (1883) 38 ff., Pfeiffer, Beiträge z. Interpretation des § 113 (1895), 45 ff. Dagegen wird das Bewußtsein der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung nicht gefordert von Rüd.-Stengl. 10 u. E 2, 423. 3, 14. 22, 300 R 4, 132, jedoch nur, aus kriminalpolitischen und aus der Entstehungsgeschichte entlehnten Gründen.

VII. **Thäter** kann jeder sein, nicht nur derjenige, gegen welchen sich die Vollstreckungshandlung richtet.

VIII. Spezialfälle s. §§ 115 ff, ferner häufig in Nebengesetzen, z. B. Vereinszollgesetz §§ 148. 161. Ein nachgebildetes Delikt s. Seemannsordnung § 104.

Digitized by Google

IX. Idealkonkurrenz ist möglich mit Körperverletzung (s. jedoch § 118), dagegen ausgeschlossen mit Nötigung (§ 240). Ueber das Verhältnis zu § 114 s. das. I.

§ 114.

Wer es unternimmt, durch Gewalt oder Drohung eine Behörde oder einen Beamten zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu nötigen, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu zwei Jahren ein.

I. **Verhältnis der Stelle zu der vorhergehenden.** — Während § 113 im wesentlichen nur den Vollstreckungsbeamten Schutz gewährt, schützt § 114 alle staatlichen Beamten und Behörden. Während ferner § 113 nur die Verhinderung einer Amtshandlung im Auge hat, bezieht sich § 114 auch auf die Nötigung zur Vornahme einer solchen. Hieraus ergiebt sich, daß § 113 einen Spezialfall des § 114 enthält und daß Idealkonkurrenz zwischen den beiden Stellen ausgeschlossen ist. Olsh. 7, E 3, 334. 4, 143. Vergl. E 22, 227. 31, 3. 34, 113. A. A. v. Liszt § 171. S. auch v. Streit, Die Widersetzung gegen die Staatsgewalt 54 ff. — Aus der vertretenen Ansicht folgt, daß bei einer unter § 113 fallenden Handlung niemals das strengere Strafmaß des § 114 in Anwendung gebracht werden kann, und daß in dem gleichen Falle der Versuch straflos ist. Selbstverständlich aber können auch Vollstreckungsbeamte den höheren Strafschutz des § 114 genießen, besonders dann, wenn die Gewaltanwendung oder Bedrohung außerhalb der Zeit der Amtshandlung vorgenommen wurde. E 20, 35 (mit der Ausführung daß § 113 die Thätigkeit, § 114 die Willensfreiheit des Beamten schütze). Das Ergebnis ist allerdings sehr unbefriedigend, kann aber durch Interpretation nicht beseitigt werden. — Wie E 34, 113 mit Recht ausführt, stellt auch § 117 einen Spezialfall des hier behandelten Delikts dar.

II. Über den **Begriff des Beamten** s. § 359. Die **Behörde** wird in der reichsgerichtlichen Judikatur definiert als ein ständiges, von dem Wechsel der Personen unabhängiges Organ der Staatsgewalt, das dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität nach eigenem Ermessen für die Herbeiführung der Zwecke des Staates thätig zu sein. E 8, 5. 18, 246. Die Ausübung von Herrschaftsbefugnissen gehört nicht zum Begriffe. Laband, Staatsrecht (4. Aufl.) 1, 338 ff., Georg Meyer, Staatsrecht § 106. Daher kommt z. B. auch der Reichsdruckerei Behördenqualität zu. E 19, 264. A. A. Zorn, Staatsrecht (2. Aufl.) 1, 287 ff. Auch kollegiale Besetzung gehört nicht zum Begriff. Deshalb ist auch das Amtsgericht eine Behörde.

Im übrigen hat das RG u. a. für Behörden erklärt: die philosophischen Fakultäten der preußischen Universitäten und der Universität Rostock, E 17, 208, die städtischen Magistrate nach der preußischen Städteordnung v. 30./5 1853, R 4, 135, das Ehrengericht einer Anwaltskammer, R 10, 168; selbst: eine städtische Sparkasse, weil sie unter staatlicher Aufsicht staatliche Zwecke verfolge, E 6, 247 (bedenklich). Dagegen wurde der Behördencharakter den reinen Exekutivorganen des Polizeidienstes (Gendarmen, Polizeidienern, Schutzleuten) abgesprochen, E 8, 5.

III. Was die **Handlung** betrifft, so sind zu vergleichen:

1. über den Begriff des **Unternehmens** § 105 I,
2. über den der **Gewalt** §§ 52 II 1, 113 V 1a,
3. über den der **Drohung** § 48 II 1a. Die Drohung braucht hier im Gegensatze zu § 113 keine Drohung mit Gewalt zu sein, es genügt vielmehr die Drohung mit irgend einem Übel, sogar mit einem solchen, dessen Zufügung erlaubt ist, E 20, 35. Anderseits aber muß die Drohung eine solche sein, durch welche die Behörde oder der Beamte in eine Zwangslage versetzt wird, und diese Beschaffen-

Digitized by Google

heit der Drohung muß dem Drohenden bekannt sein. R 6, 358. Aber auch so bleiben die Konsequenzen des Gesetzes sehr bedenklich. Z. B. Studierende einer kleinen Universität drohen der Universitätsbehörde mit Weggehen, falls nicht im nächsten Semester die und die Vorlesung gehalten werde.

IV. Zu dem **Vorsatze** gehört insbesondere die Absicht, die Behörde usw. zur Vornahme oder Unterlassung einer Amtshandlung zu nötigen. Amtshandlung ist eine solche, „welche innerhalb der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des Beamten gelegen und vermöge derselben vorzunehmen ist". E 18, 350. Nötigung zur Vornahme oder Unterlassung einer allgemeinen Bürgerpflicht (z. B. zur Zeugnisablegung) gehört demnach nicht hierher.

V. Idealkonkurrenz mit Nötigung (§ 240) ist ausgeschlossen. E. 31, 3. S. auch o. I.

§ 115.

Wer an einer öffentlichen Zusammenrottung, bei welcher eine der in den §§ 113 und 114 bezeichneten Handlungen mit vereinten Kräften begangen wird, teilnimmt, wird wegen Aufruhrs mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft.

Die Rädelsführer, sowie diejenigen Aufrührer, welche eine der in den §§ 113 und 114 bezeichneten Handlungen begehen, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

I. Der **Aufruhr** stellt sich begrifflich als ein qualifizierter Fall des Widerstands gegen die Staatsgewalt in den Formen der §§ 113. 114 dar. Und zwar liegt das qualifizierende Moment darin, daß die Widerstandshandlungen durch die Zahl der Beteiligten einen höheren Grad von Gefährlichkeit annehmen. Das Gesetz geht aber einen Schritt weiter, indem es nicht nur die Personen wegen Aufruhrs bestraft, denen selbst ein Akt der Widersetzlichkeit zur Last fällt, sondern auch solche, die durch ihre wenn auch nur passive, Assistenz die Widerstandshandlung unterstützt haben. Vergl. u. II 4. — Über militärischen Aufruhr s. MStGB § 106.

II. Zu den einzelnen Begriffsmerkmalen:

1. **Zusammenrottung** ist eine räumliche Vereinigung mehrerer Personen, welche die Absicht, ihre Gewalt zu rechtswidrigen Handlungen zu gebrauchen, erkennbar kund geben. Ähnlich Heilborn, Ztschr. 18, 161 ff., bes. 176. Welcher Art die beabsichtigten rechtswidrigen Handlungen sind, ist begrifflich gleichgiltig. Insbesondere genügt es, wenn Gewaltthätigkeiten gegen Sachen beabsichtigt werden. A. A. Heilborn a. O. 172, gegen den aber § 122 Abs. 2 spricht. Die Zahl der Teilnehmer ist im Sinne des Gesetzes dahin zu bestimmen, daß durch sie eine Gefahr für die öffentliche Ordnung erwachsen muß. Vergl. Oppenh.-Del. 2, Hälschner 2, 964, Goehrs, Der Rechtsfrieden (1900) 159. Dagegen verlangen Rüd.-Stengl. 4 und Meyer 651 eine Menschenmenge, während nach Olsh. 2, Heilborn a. a. O. 168 schon zwei Personen genügen sollen.
2. **Öffentlich** ist die Zusammenrottnng nicht schon dann, wenn sie von einer unbestimmten Anzahl Personen wahrgenommen werden kann, auch nicht schlechthin dann, wenn sie auf einem öffentlichen Platze stattfindet, sondern nur dann, wenn für eine unbestimmte Mehrheit von Personen die Möglichkeit des Anschlusses besteht. E 20, 298. Der Umstand, daß die Zusammenrottung auf einem privaten

Digitized by Google

Platze stattfindet, steht nicht entgegen. E 21, 370. Vergl. Lutz, Begriff d. Öffentlichkeit (1900) 46.

3. Der **Teilnahme an der Zusammenrottung** macht sich nicht schon schuldig, wer sich körperlich innerhalb der Vereinigung befindet, sondern nur, wer von dem verfolgten Zwecke Kenntnis hat und sich gleichwohl anschließt. Der einzelne aber braucht keineswegs einen rechtswidrigen Zweck zu verfolgen. Es genügt, wenn er weiß, daß es andere thun, und daß er durch seinen Anschluß die Erreichung des rechtswidrigen Zwecks fördert. Auch gehört eine spezielle Kenntnis des verfolgten Zwecks nicht zum Thatbestande. Vergl. R 2, 150. E 20, 403. 405.
4. Die Strafbarkeit der Teilnahme an der Zusammenrottung ist dadurch bedingt, daß von Teilnehmern an der Zusammenrottung eine der in den §§ 113. 114 bezeichneten Handlungen mit vereinten Kräften begangen wird. Dabei ist der Gedanke der, daß die Begehung einer dieser Handlungen die Gefährlichkeit der Zusammenrottung beweist. Der einzelne Teilnehmer braucht sich nicht an den Handlungen beteiligt zu haben. Begehung **mit vereinten Kräften** bedeutet aber Mitthäterschaft mindestens zweier Personen. Ebenso John, Holtzend. Handb. 3, 130. Sachlich übereinstimmend auch Freudenthal, Die notwendige Teilnahme (1901) 136, insofern er mehrere Thäterhandlungen fordert. Dagegen soll nach Olsh. 3, Oppenh.-Del. 8, Meyer 652, E 20, 303. 30, 391 passive Assistenz der Rottierer genügen, so daß die Widersetzlichkeit als solche auch von einer einzelnen Person begangen werden könnte.

III. Eine erhöhte Strafe trifft:

1. die **Rädelsführer,** d. h. diejenigen bei einem Aufruhr beteiligten Personen, welche bei dem ganzen Vorgange, sei es persönlich, sei es durch Zwischenpersonen, sei es für die ganze Menschenmenge, sei es für einen Teil derselben, sei es physisch oder psychisch, eine leitende Rolle spielen;
2. diejenigen, welche eine einzelne Handlung gegen § 113 oder § 114 begehen. Dies bezieht sich nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes (§§ 48. 49) nur auf die Thäter, nicht auf die Anstifter und Gehilfen.

In den erwähnen Fällen liegt zwar ein Verbrechen vor, doch ist ein **Versuch** nicht denkbar. So Oppenh.-Del. 16, Meyer 652, Hälschner 2, 827. A. A. Olsh. 7, Rüd.-Stengl. 8.

§ 116.

Wird eine auf öffentlichen Wegen, Straßen oder Plätzen versammelte Menschenmenge von dem zuständigen Beamten oder Befehlshaber der bewaffneten Wacht aufgefordert, sich zu entfernen, so wird jeder der Versammelten, welcher nach der dritten Aufforderung sich nicht entfernt, wegen Auflaufs mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Ist bei einem Auflaufe gegen die Beamten oder die bewaffnete Macht mit vereinten Kräften thätlicher Widerstand geleistet oder Gewalt verübt worden, so treten gegen diejenigen, welche an diesen Handlungen teilgenommen haben, die Strafen des Aufruhrs ein.

I. Das wenig zutreffend als **Auflauf** bezeichnete Delikt stellt sich als reines Unterlassungsdelikt dar. Zu den einzelnen Thatbestandsmomenten ist folgendes zu bemerken:

1. **Öffentliche Wege, Straßen und Plätze** sind solche, die dem allgemeinen Verkehre freigegeben und dem Publikum zugänglich sind. Darauf, ob sie im Sinne des

Digitized by Google

Privat- oder Verwaltungsrechts öffentlich sind, kommt es nicht an. Z. B. eine im Privateigentum stehende Wiese, auf welcher zur Zeit ein Volksfest stattfindet. E 21, 13, 370. Dagegen verlangen Oppenh.-Del. 4, daß der Weg usw. zum öffentlichen Gebrauche (dauernd?) „bestimmt" sei.

2. Über den Begriff der **Menschenmenge** s. § 110 II. Der Zweck, zu dem sie versammelt ist, kommt nicht in Betracht.
3. Die **Zuständigkeit des Beamten oder Befehlshabers der bewaffneten Macht** bemißt sich nach Landesrecht. Fehlt es an einschlägigen Bestimmungen, so wird man jeden Polizeibeamten, welcher befugt ist, selbständig die öffentliche Ruhe und Ordnung zu wahren, auch für zuständig halten müssen. E 6, 91. 12, 426. Z. B. Gendarmen und Schutzleute. Dagegen halten Oppenh.-Del. 5 nur Polizeibeamte in leitender Stellung für zuständig. Die Zuständigkeit eines Befehlshabers der bewaffneten Macht wird durch polizeiliche Requisition oder durch den Umstand begründet, daß die ihm unterstellte Truppe zur Zeit gerade im Sicherheitsdienste verwendet wird.
4. Die **Aufforderung** muß sich an die Menschenmenge als solche richten. Auf die Beobachtung einer etwa landesgesetzlich vorgeschriebenen Form kommt es reichsrechtlich nicht an. A. A. Oppenh.-Del. 7, Rüd.-Stengl. 4. Die drei Aufforderungen müssen in angemessenen Pausen ergehen, widrigenfalls sie nur als eine einzige angesehen werden können. Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein, daß dreimal aufgefordert worden ist. Ob der einzelne die Aufforderungen direkt gehört oder von anderer Seite davon erfahren hat, ist gleichgiltig. E 21, 154.
5. **„Sich entfernen"** heißt den Ort verlassen und darf nicht ohne weiteres identifiziert werden mit „sich zerstreuen" oder „auseinandergehen". Wer sich entfernt, aber in der geschlossenen, sich vom Orte fortbewegenden Menge verbleibt, genügt dem Gesetze so lange, bis eine neue Aufforderung zur Entfernung erfolgt. Ebenso John in Holtzend. Handb. 3, 135. A. A. Oppenh.-Del. 8, Olsh. 5, Rüd.-Stengl. 5. Deshalb nimmt auch E 12, 456 mit Recht an, daß auch das Stehenbleiben einzelner nach der dritten Aufforderung strafbar sei. Wer sich nicht entfernen *kann*, bleibt straflos.

II. Der zweite Absatz des Gesetzes enthält einen qualifizierten Fall. Er setzt daher dreimalige Aufforderung voraus und kann nur bezogen werden auf thätlichen Widerstand oder Gewaltausübung (s. § 113) gegen diejenigen Beamten oder diejenige bewaffnete Macht, welche eingeschritten sind, um die Menge zu entfernen. Die Strafe des Aufruhrs trifft hier nur diejenigen, welche an einer dieser Handlungen teilgenommen haben, wobei es gleichgiltig ist, ob als Mitthäter oder als Gehilfen oder als Anstifter. Die Strafe des Aufruhrs ist aber für diese Personen die in § 115 Abs. 2 bestimmte. Ebenso Hälschner 2, 830. Dagegen will Olsh. 10 in einzelnen Fällen die Strafe des § 115 Abs. 1 eintreten lassen.

§ 117.

Wer einem Forst- oder Jagdbeamten, einem Waldeigentümer, Forst- oder Jagdberechtigten, oder einem von diesen bestellten Aufseher in der rechtmäßigen Ausübung seines Amtes oder Rechtes durch Gewalt oder durch Bedrohung mit Gewalt Widerstand leistet, oder wer eine dieser Personen während der Ausübung ihres Amtes oder Rechtes thätlich angreift, wird mit Gefängnis von vierzehn Tagen bis zu drei Jahren bestraft.

Ist der Widerstand oder der Angriff unter Drohung mit Schießgewehr, Äxten oder anderen gefährlichen Werkzeugen erfolgt, oder mit Gewalt

Digitized by Google

an der Person begangen worden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt in den Fällen des Absatz 1 Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre, in den Fällen des Absatz 2 Gefängnisstrafe nicht unter Einem Monat ein.

I. **Allgemeine Bedeutung der Stelle.** – Die einem preußischen Gesetze v. 31./3 1837 nachgebildete Stelle gewährt den Forst- und Jagdbeamten einen höheren Schutz als andern Beamten und stellt ihnen Waldeigentümer, Forst- und Jagdberechtigte nebst deren Aufsehern selbst dann gleich, wenn diese Personen überhaupt keine Beamten sind. Da sich aber der 6. Abschnitt nur auf inländische Beamte bezieht (vergl. die Vorbem.), so sind auch die Waldeigentümer usw. nur dann geschützt, wenn sie Inländer sind. So v. Liszt § 172, der hervorhebt, daß bei Begehung im Auslande (gegen Inländer) die allgemeinen Regeln gelten. S. auch u. III 2.

II. **Die geschützten Personen** sind:

1. Forst- oder Jagdbeamte. S. § 359.
2. Waldeigentümer, aber nicht die Käufer der stehenden, auch nicht die Eigentümer der gefällten Bäume.
3. Forst- oder Jagdberechtigte Zu diesen gehören auch Nutznießer, Pächter, Servitutberechtigte.
4. Aufseher, auch wenn sie als solche nicht beeidigt sind. S. preuß. Forstdiebstahlgesetz §§ 23. 24. Waldeigentümer, Forst- oder Jagdberechtigte können stets Aufseher bestellen, Forst- und Jagdbeamte dagegen nur, wenn sie staatsrechtlich dazu befugt sind. E 29, 310. 34, 10. Diese Urteile lassen übrigens die Frage offen, ob sich § 117 überhaupt auf solche Aufseher bezieht, die von einem Forst- oder Jagdbeamten bestellt sind.

III. **Rechtmäßige Ausübung des Amtes oder des Rechtes.** — Der Widerstand muß geleistet sein „in der rechtmäßigen Ausübung des Amtes oder Rechtes", der thätliche Angriff vorgenommen sein „während der Ausübung des Amtes oder Rechtes". Das zweite Mal fehlt also eine ausdrückliche Hinweisung auf das Erfordernis der rechtmäßigen Amts- oder Rechtsausübung. Ein sachlicher Unterschied liegt aber um so weniger vor, als streng genommen jede Amts- oder Rechtsausübung schon begrifflich rechtmäßig ist. So im Ergebnis die herrschende Lehre. Einzelnes:

1. Was die Rechtmäßigkeit der Amtsausübung betrifft, so gelten hier dieselben Grundsätze wie im Falle des § 113. R 3, 582. 624. Wesentlich aber ist, daß Forstbeamte in verschiedenen Eigenschaften fungieren können, nämlich
   a) als Polizeibeamte. Als solche haben sie reichsrechtlich die Pflicht, den Thatbestand begangener Delikte aufzuklären und die Maßregeln zu treffen, welche einer Verdunkelung des Sachverhalts entgegenstehen. StPO § 161 Daher befinden sie sich in rechtmäßiger Amtsausübung, wenn sie sich zu dem genannten Zweck Eingang in eine fremde Wohnung verschaffen. E 24, 344. Im übrigen bemessen sich die Befugnisse, namentlich die präventiven, nach Landesrecht. Für das Geltungsgebiet des preußischen Landrechts nehmen R 1, 670. 9, 556 an, daß Jagdpolizeibeamte befugt seien, innerhalb des Forstreviers auch eine der zukünftigen Begehung des Jagdfrevels verdächtige Person anzuhalten, die Herausgabe des Gewehrs von ihr zu fordern und zu erzwingen. Anders für das Gebiet des württembergischen Rechts E 30, 155. — Auch über die Frage, ob die Forstbeamten ihre Funktionen nur innerhalb des ihrer Aufsicht unterstellten Forstes oder auch außerhalb desselben vorzunehmen befugt sind, entscheidet das Landesrecht. Für das Gebiet des preußischen und des kurhessischen Gebiets hat das RG bejaht.

Digitized by Google

E 2, 167. 306. 7, 271. 10, 106. 19, 101. 20, 344. Jedoch werden Beschränkungen hinzugefügt: *a.* die Amtsausübung müsse gerade zum Schutze des von dem Beamten speziell zu beaufsichtigenden Reviers erfolgen. R 6, 478, Olsh. 9; *β.* das amtliche Einschreiten müsse bereits in diesem Reviere begonnen haben. E 23, 357;

b) als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft, sofern sie als solche bestellt sind. GVG § 153. In dieser Eigenschaft haben sie weitergehende Befugnisse. S. bes. StPO §§ 98. 105. Da aber nach EG z. StPO § 3 das Verfahren in Forstsachen landesrechtlich abweichend vom Reichsrechte geregelt werden kann, so können die reichsrechtlich nur den Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft zustehenden besonderen Befugnisse landesrechtlich den Forstbeamten auch dann übertragen werden, wenn sie nicht zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellt sind. E 11, 321. 13, 270. (Diese Entscheidungen gestehen in Preußen selbst Privatforstaufsehern das Recht der Beschlagnahme, aber nicht der Durchsuchung zu. Vergl. Forstdiebstahlsges. § 16).

2. Das Erfordernis der rechtmäßigen Rechtsausübung mußte im Gegensatz zu § 113 ausdrücklich hervorgehoben werden, weil § 117 seinen Schutz auch Nichtbeamten gewährt. Dennoch bezieht sich die Stelle nur auf Widerstand gegen Ausübung des Forstschutzes, also z. B. nicht gegen Ausübung der Jagd. E 2, 170. 3, 14, 20, 156. A. A. v. Liszt § 172, Meyer 629. — Bei der Rechtsausübung tritt der Privatmann dem Privaten gegenüber, und es liegt deshalb kein Grund vor, das Erfordernis der Rechtmäßigkeit anders als rein objektiv aufzufassen. Befand sich derjenige, gegen welchen sich die Widersetzlichkeit richtete, nicht in rechtmäßiger Ausübung seines Rechts, so ist der Thatbestand selbst dann nicht erfüllt, wenn er in entschuldbarem Irrtum handelte. E 6, 400, R 5, 377. Ein Pfändungsrecht zum Schutze des Jagdrechts auf fremden Grundstücken besteht nicht mehr. E 34, 154. Vergl. EG z. BGB Art. 89.

IV. Die **Handlung** ist dieselbe wie im Falle des § 113, jedoch ist im zweiten Absatze eine Reihe qualifizierender Momente hervorgehoben. Über den Begriff des gefährlichen Werkzeugs s. § 223 a. Über „Gewalt an der Person" s. § 52 II 1. — Bedrohung mit einem Schießgewehr liegt auch dann vor, wenn es nicht geladen ist. E 9, 176. A. A. Olsh. 13.

V. Ueber das Verhältnis der Stelle zu § 113 s. das. VIII, zu § 114 das. I.

VI. Der **Vorsatz** umfaßt auch hier das Bewußtsein von der Rechtmäßigkeit der Amts- bezw. Rechtsausübung. Dies erkennt bezüglich der letzteren auch E 20, 156 an.

§ 118.

Ist durch den Widerstand oder den Angriff eine Körperverletzung dessen, gegen welchen die Handlung begangen ist, verursacht worden, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

I. Die Stelle bezieht sich lediglich auf § 117. E 23, 69. Die erhöhte Strafe tritt ein, ohne daß es eines besonderen Verschuldens bezüglich der Körperverletzung bedürfte. S. § 59 II 3. Der Begriff der Körperverletzung bestimmt sich ebenso wie im 17. Abschn. E 11, 24. Eine engere Auslegung vertritt Meves, Ztschr. 12, 289.

II. Die Frage, ob es einen strafbaren Versuch giebt, ist nach § 43 V zu beantworten.

Digitized by Google

§ 119.

Wenn eine der in den §§ 117 und 118 bezeichneten Handlungen von Mehreren gemeinschaftlich begangen worden ist, so kann die Strafe bis um die Hälfte des angedrohten Höchstbetrages, die Gefängnisstrafe jedoch nicht über fünf Jahre erhöht werden.

Betrifft nur den Fall der Mitthäterschaft, nicht den der Beihilfe. Verursacht einer der Mitthäter, sich innerhalb der Grenzen des Einverständnisses bewegend, eine Körperverletzung im Sinne des § 118, so ist diese auch dem andern zuzurechnen. Vergl. § 47 IV.

§ 120.

Wer einen Gefangenen aus der Gefangenanstalt oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er sich befindet, vorsätzlich befreit oder ihm zur Selbstbefreiung vorsätzlich behilflich ist, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. Die Selbstbefreiung eines Gefangenen ist nur dann kriminell strafbar, wenn sie in der Form der Meuterei auftritt (§ 122). S. jedoch MStGB § 79. Einer disziplinarischen Bestrafung der Selbstbefreiung steht das Gesetz nicht entgegen. Höchst bedauerlich aber ist es, daß zuweilen bei Befreiungsversuchen Prügelstrafe verhängt wird, der Gefangene sich also wesentlich schlechter steht als bei krimineller Ahndung.

II. Aus der Überschrift des Abschnittes ergiebt sich, daß unter **Gefangenen** solche Personen zu verstehen sind, die durch ein Organ der Staatsgewalt als solches ihrer persönlichen Freiheit beraubt sind und sich infolgedessen in der Gewalt der zuständigen Behörde befinden. E 12, 162. Dahin gehören zweifellos Strafgefangene, Untersuchungsgefangene, sowie die auf Grund des § 127 StPO von Beamten als solchen (nicht aber die von einer Privatperson, E 13, 254) vorläufig Festgenommenen; ferner: Personen, die im Arbeitshause gemäß § 362 interniert (E 15, 217) sind, oder eine unter staatlicher Autorität verhängte Ordnungsstrafe verbüßen (z. B. ZPO § 380. StPO § 50. GVG §§ 178. 179) oder sich in Zwangshaft befinden (z. B. ZPO 390. 888. 901. 918), desgleichen die polizeilich (vergl. preußisches Ges. v. 12./2 1850 § 6) in Gewahrsam Genommenen und Kriegsgefangene. Endlich: die infolge eines gerichtlichen Vorführungsbefehles Festgenommenen (E 12, 162) und die eine staatliche oder unter staatlicher Autorität verhängte Disziplinarfreiheitsstrafe Verbüßenden (etwa: Studenten im Karzer). Umgekehrt ist nicht Gefangener eine solche Person, die polizeilich gewaltsam aus einem Lokale entfernt wird. Entsch. d. hanseat. OLG's 20. Zweifelhaft aber ist, ob zu den Gefangenen zählen:

1. die gemäß §§ 55. 56 einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt überwiesenen Personen. Nach E 15, 39 und Olsh. 2 sind sie Gefangene, wenn die Freiheitsbeschränkung über das gewöhnliche Maß der Schulzucht hinausgeht, nach v. Liszt § 173, Meyer 664 niemals. Am richtigsten wird es sein, wenn man die Entscheidung davon abhängig macht, ob die Organisation und Disziplin der Anstalt einen freien Verkehr mit der Außenwelt gestattet oder nicht. Vergl. auch E. Loening i. d. Jahrb. f. Nationalökonomie u. Statistik Jahrg. 1901 S. 82 (zit. nach dem S. A.). Übrigens wird das Reichsrecht auf diesem Gebiet durch zahl-

Digitized by Google

reiche Landesgesetze ergänzt. S. z. B. preußisches Fürsorgegef. v. 2./7 1900 § 21, württembergisches Ges. v. 6./12 1899 Art. 23,

2. die auf Anordnung einer Behörde in einer Irrenanstalt untergebrachten Personen. Zu bejahen. Vergl. StPO § 493. Ebenso Olsh. 2, Oppenh. 1, Rüd.-Stengl. 1. A. A. v. Liszt § 173, Meyer 664.
3. Kinder im Schularrest. Wird der Arrest unter staatlicher Autorität verhängt, so wird man sich leider der Bejahung der Frage nicht entziehen dürfen. Ähnlich Rüd.-Stengl. 1. Dagegen die meisten.

III. Die **Handlung** kann in vorsätzlicher Befreiung oder in Beihilfe zur Selbstbefreiung bestehen (also in strafbarer Beihilfe zu einer straflosen Hauptthat), die Beihilfe sowohl psychische wie intellektuelle sein. E. 25, 65. Vergl. § 49 I. Die Anstiftung zur Selbstbefreiung ist straflos. Der Gefangene selbst kann auch nicht unter dem Gesichtspunkte der Teilnahme zur Verantwortung gezogen werden. Ebenso v. Liszt § 173, Kohler, Studien 1, 135, Meyer 230. A. A. E 3, 140, Hälschner, 2, 960, Olsh. 7. S. Vorbem. z. 3. Abschn. d. 1. Teils V 2. Befreiungshandlungen sind solche, die einen Angriff gegen die in der Gefangenhaltung zur Erscheinung kommende Ausübung der obrigkeitlichen Gewalt in sich schließen. Das Verlangen eines dritten, den Gefangenen frei zulassen, genügt daher nicht. Dagegen würde Bedrohung oder Täuschung des Beamten ausreichen. So E 34, 8, bezgl. der Täuschung aber wohl zu generell.

Strafbar ist die Befreiung nicht nur aus der Gefangenanstalt oder der Gewalt der Beamten, sondern auch aus der Gewalt irgend jemandes, dem zur Zeit die Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung obliegt; z. B. des privaten Aufsehers bei der Außenarbeit. Während der Zeit des Urlaubs befindet sich der Gefangene in niemandes Gewalt. Wird ein Strafgefangener in eine außerhalb der Strafanstalt befindliche Krankenanstalt verbracht, so ist er, solange er sich dort aufhält, nicht als Gefangener im Sinne des StGB's anzusehen. Folgt aus StPO § 493. Anders bezgl. des Untersuchungsgefangenen E. 19, 330 und allgemein Olsh. 2.

IV. Der Augenblick der **Vollendung** ist verschieden zu bestimmen, je nach dem der Gefangene in einer Gefangenanstalt (und den nach I gleichstehenden Anstalten) interniert war oder nicht. Für den ersten Fall ergiebt der Wortlaut des Gesetzes, daß die Vollendung erst dann gegeben ist, wenn der Gefangene sich außerhalb des Bereichs der Gefangenanstalt einschließlich der sie etwa umgebenden Mauern befindet. Vollendung liegt daher nicht vor, wenn der Gefangene innerhalb der Anstalt versteckt gehalten wird. Im zweiten Falle tritt die Vollendung ein, sobald die Gewalt der beaufsichtigenden und bewachenden Personen gebrochen ist. Die Dauer des Entweichens oder des Bruches der Gewalt ist in keinem Falle von Bedeutung.

V. Der **Versuch** ist auch dann strafbar, wenn es sich um Beihilfe zur Selbstbefreiung handelt. Aber auch in diesem Falle ist die Vollendung erst mit der wirklich eingetretenen Befreiung gegeben. R 9, 724.

VI. Idelkonkurrenz mit Begünstigung (§ 257) ist möglich, weil § 120 keinen Strafgefangenen voraussetzt. So die herrschende Lehre und E 7, 244.

§ 121.

Wer vorsätzlich einen Gefangenen, mit dessen Beaufsichtigung oder Begleitung er beauftragt ist, entweichen läßt oder dessen Befreiung befördert wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert worden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten oder Geldstrafe bis zu dreihundert Mark ein.

Digitized by Google

I. Während § 120 allgemein auf jeden Anwendung findet, der eine Gefangenenbefreiung bewirkt oder befördert, bezieht sich § 121 speziell auf solche Personen, die mit der Beaufsichtigung oder Begleitung der Gefangenen **beauftragt** sind. Die Beauftragung muß von einem zuständigen Beamten ausgehen. Daher liegt der Thatbestand nicht vor, wenn eine Privatperson den von ihr gemäß StPO § 127 Festgenommenen einem dritten übergiebt und dieser den Gefangenen wieder laufen läßt. Ebensowenig trifft die Stelle dann zu, wenn derjenige, der entweichen läßt oder die Selbstbefreiung befördert, aus eigener Initiative verhaftet hat. Dagegen braucht der **Thäter** kein Beamter zu sein. E 19, 330. Vergl. § 347.

Insbesondere können zu den beauftragten Personen auch Pächter der Arbeitskräfte der Gefangenen gehören. Ob und inwieweit in mangelhafter Beaufsichtigung eine Fahrlässigkeit zu finden ist, kann nur nach den konkreten Umständen beurteilt werden. Läßt die Art und Weise der Beschäftigung nur eine zeitweilige Beaufsichtigung zu, und ist dies der Gefängnisbehörde bekannt, so kann dem Pächter kein Vorwurf gemacht werden, wenn in der Zwischenzeit der Gefangene entweicht.

II. **„Entweichen lassen"** bedeutet: die Selbstbefreiung nicht verhindern (Unterlassungsdelikt); **„Befreiung befördern"** bedeutet: ihr durch positive Thätigkeit Vorschub leisten. (Dagegen leugnet E 5, 324 eine scharfe Unterscheidbarkeit der Begriffe.) Im letzteren Falle ist es gleichgiltig, ob die Befreiung eine Selbstbefreiung des Gefangenen oder eine Befreiung durch einen dritten ist. Es wird also die von einem Aufseher usw. geleistete Beihilfe der Thäterschaft gleichgestellt.

III. Der Augenblick der **Vollendung** ist ebenso zu bestimmen wie im Falle des § 120. Demgemäß nimmt das RG, Arch. 37,172 Strafbarkeit eines Transporteurs an, der einem Gefangenen gestattet hatte, sich ohne Begleitung an den Bestimmungsort zu begeben, obwohl der Gefangene sich seinem Versprechen gemäß stellte. — Der Versuch ist nicht strafbar. S. dagegen § 347.

IV. Der Gefangene kann wegen Anstiftung ebensowenig bestraft werden wie im Falle des § 120. Abweichend R 4, 812.

V. Konkurrenz mit § 257 ist möglich.

VI. Einen qualifizierten Fall enthält § 347. Vergl. auch MStGB § 144.

§ 122.

Gefangene, welche sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten angreifen, denselben Widerstand leisten oder es unternehmen, sie zu Handlungen oder Unterlassungen zu nötigen, werden wegen Meuterei mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft.

Gleiche Strafe tritt ein, wenn Gefangene sich zusammenrotten und mit vereinten Kräften einen gewaltsamen Ausbruch unternehmen.

Diejenigen Meuterer, welche Gewaltthätigkeiten gegen die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten verüben, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

I. Über den **Begriff des Zusammenrottens** s. § 115 II. Die Praxis hat gerade hier wiederholt anerkannt, daß zwei Personen genügen. E 2, 80. 13, 17. Dagegen Rüd-Stengl. 3. Daß sich die Gefangenen schon vorher zusammen befanden, steht dem Begriffe des Zusammenrottens nicht entgegen. Anderseits kann eine Zusammen-

Digitized by Google

rottung nicht angenommen werden, solange die Gefangenen räumlich voneinander getrennt sind. E 3, 1.

II. Die von den zusammengerotteten Gefangenen begangene **Handlung** kann bestehen:

1. in einem Angriff gegen die Anstaltsbeamten oder die mit der Beaufsichtigung Beauftragten. Dabei ist der Angriff in demselben Sinne zu nehmen wie im § 113;
2. in einer Widerstandsleistung gegen dieselben Personen. Aktiver Widerstand oder gar Widerstand mit Gewalt wird hier nicht gefordert. Ebenso Oppenh.-Del. 8. A. A. Olsh. 5;
3. in dem Unternehmen, dieselben Personen zu Handlungen oder Unterlassungen zu nötigen. Vergl. §§ 105. 114;
4. in dem Unternehmen (§ 105) eines gewaltsamen Ausbruchs. Richtet sich der Ausbruch gegen Personen (eine Kette von Wachposten), so erscheint er als ein Angriff im Sinne des Abs. 1. Hier handelt es sich daher nur um einen Ausbruch gegen sachliche Abschlußvorrichtungen. Ebenso die meisten, vergl. bes. Olsh. 7. Dagegen Heilborn, Ztschr. 18, 170 ff. Im übrigen genügt es, wenn auch nur ein bei der Zusammenrottung beteiligter Gefangener befreit werden soll. RG im Arch. 39, 326.

In allen Fällen muß mit vereinten Kräften gehandelt sein. S. hierüber 115 II 4. Ist dies der Fall, so genügt es zur Strafbarkeit des einzelnen, wenn er sich der Zusammenrottung in dem Bewußtsein angeschlossen hat, daß es zu Handlungen der bezeichneten Art kommen werde.

Zu bemerken ist, daß das Gesetz keinen Wert darauf legt, ob die Handlung in einer Strafanstalt oder außerhalb derselben vorgenommen worden ist.

III. In dem Falle des dritten Abs. ist Versuch auf seiten der Meuterer insofern möglich, als sie versuchen Gewaltthätigkeiten (§ 124) zu verüben.

Siebenter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die öffentliche Ordnung.

§ 123.

Wer in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines Anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, oder wer, wenn er ohne Befugnis darin verweilt, auf die Aufforderung des Berechtigten sich nicht entfernt, wird wegen Hausfriedensbruches mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Ist die Handlung von einer mit Waffen versehenen Person oder von Mehreren gemeinschaftlich begangen worden, so tritt Gefängnisstrafe von Einer Woche bis zu Einem Jahre ein.

I. **Wo kann Hausfriedensbruch begangen werden?** — Allgemein gefaßt besteht der Hausfriedensbruch in dem widerrechtlichen Eindringen in gewisse Örtlichkeiten oder in dem widerrechtlichen Verweilen in denselben. Diese Örtlichkeiten sind:

Digitized by Google

1. die Wohnung eines andern. Unter Wohnung ist zu verstehen der Inbegriff derjenigen zusammengehörigen Räumlichkeiten, welche zum längeren Aufenthalte einer einzelnen Person oder einer Mehrheit zusammengehöriger Personen derart dienen, daß in ihnen ordnungsgemäß auch genächtigt wird. Einzelnes:
   a) Auf das Nächtigen ist im Anschlusse an den Sprachgebrauch mit v. Liszt § 119 Gewicht zu legen. Dagegen Meyer 560, Olsh. 3. Sehr nahe steht der vertretenen Ansicht E 13, 312. Anderseits ist das Nächtigen für sich allein nicht entscheidend, und man wird, insofern von Liszt abweichend, einen Schäferkarren deshalb nicht als Wohnung anzusehen haben, weil er normalerweise eben nur zum Nächtigen dient.
   b) Daß die Räumlichkeiten zum dauernden Aufenthalte dienen (so E 12, 132), ist nicht zu verlangen. Eine Sommerwohnung ist auch während des Winters eine Wohnung. Wohl aber wird man einen längeren Aufenthalt fordern müssen und deshalb das Hotelzimmer nicht als die Wohnung des Gastes, der sich nur einige Tage oder Nächte darin aufhält, ansehen dürfen. S. u. II 2.
   c) Die bloße Bestimmung eines Raumes, als Wohnung zu dienen, macht ihn noch nicht zur Wohnung. Olsh. 3.
   d) Auch eine bewegliche Sache, z. B. ein Schiff oder ein Künstlerwagen, kann Wohnung sein. E 13, 312.
   e) Auf die Eigentumsverhältnisse kommt es nicht an. Die von mir (zu längerem Aufenthalte) gemietete Wohnung ist meine Wohnung auch gegenüber dem Hausherrn.
   f) Zu der Wohnung sind alle diejenigen Räumlichkeiten zu zählen, welche häuslichen Zwecken dienen, auch wenn diese nur eine intermittierende Benutzung bedingen oder der Raum sich außerhalb des Wohn„hauses" befindet. Z. B. eine unter besonderem Dache befindliche Waschküche. S. u. 3;
2. Geschäftsräume eines andern. Hierunter sind solche — zwar baulich abgeschlossene, aber nicht notwendig verschlossene — Räume zu verstehen, in denen jemand seine Erwerbsthätigkeit, sei es selbst, sei es durch andere Personen ausübt. Z. B. Wirtslokale, Fabriken, Bergwerke, Marktbuden, Werkstätten jeder Art. Auch bewegliche Sachen, z. B. Schiffe, können Geschäftsräume enthalten. E 13, 112. Dagegen versagt E 32, 371 den Straßenbahnwagen die Eigenschaft eines Geschäftsraumes;
3. das befriedete Besitztum eines andern. Das „Besitztum" nur eine unbewegliche Sache bezeichnet, steht fest. E 13, 312. 32. 371. Im übrigen aber ist der Begriff sehr bestritten. Nach der einen Ansicht bedeutet befriedetes Besitztum ein solches, das durch seine enge räumliche Verbindung mit einem bewohnten Hause dessen Frieden teilt (Hof, Obstgarten). So Berner 398, Hälschner 2, 146, Oppenh.-Del. 4, Rüd.-Stengl. 4, R 1, 547. 3, 143. Nach der andern Ansicht bedeutet es ein „eingehegtes", gleichgiltig wo belegenes Grundstück. So Binding, Lehrb. 122, v. Liszt § 119, Meyer 619, bes. aber Olsh. 5; E 11, 293. Die Vertreter der ersten Meinung berufen sich hauptsächlich auf den Ausdruck Hausfriedensbruch. Größeres Gewicht aber verdienen die von Olsh. aus der Etymologie des Wortes „befrieden" und aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes beigebrachten Gegengründe. In letzterer Beziehung fällt namentlich die bis auf das preußische Landrecht zurückgehende kontinuierliche Entwicklungsreihe ins Gewicht. Demnach gehört ein umhegtes, eingefriedigtes Grundstück auch dann unter den Begriff des „befriedeten", wenn es sich außerhalb eines erkennbaren Zusammenhanges mit der Wohnung oder den Geschäftsräumen befindet. Allerdings scheiden eingefriedigte Äcker, Wiesen, Weiden oder Schonungen zufolge der Spezialvorschrift des § 368 Nr. 9 aus. (Stellt man sich aber auf den vertretenen Standpunkt, so

Digitized by Google

folgt, daß sich der Hausfriedensbruch nicht als Delikt gegen den Rechtsfrieden, sondern gegen den Besitz darstellt. Vergl. über die verschiedenen Auffassungen Goehrs, Der Rechtsfrieden [1900] 70 ff.)

Unter Einfriedigung aber hat man mit E 11, 293 eine Vorrichtung zu verstehen, durch welche der berechtigte Inhaber das Besitztum in äußerlich erkennbarer Weise mittels zusammenhängender Schutzwehren gegen das beliebige Betreten durch andere „abgesperrt" hat. Binding, Lehrb. 122. Z. B. Hecken, Zäune, Drähte, Palliſaden. Ja, es erscheint jedes Gebäude, namentlich auch ein Neubau, als befriedetes Besitztum, E 11, 239. Immer aber wird man verlangen müssen, daß die Schutzwehren in den Luftraum ragen, und deshalb eine Abgrenzung durch Gräben oder Furchen nicht für ausreichend erachten dürfen. Zweifellos sind Warnungstafeln für sich allein nicht genügend.

Mit der oben vertretenen Auffassung ist aber die Frage, ob durch unbefugtes Eindringen in einen fremden, nicht eingehegten, aber neben dem Wohnhause befindlichen Hofraum oder Garten Hausfriedensbruch begangen werden könne, noch nicht verneint. Denn in der That bilden diese Orte nebst allen darauf befindlichen Gebäuden für die natürliche Auffassung ein Zubehör der Wohnung, ebenso wie Vorplätze eines Fabrikgebäudes zu den Geschäftsräumen zu zählen sind. E 20, 150 sieht sie, im praktischen Ergebnisse übereinstimmend, als befriedetes Besitztum an. Dagegen v. Liszt § 119;

4. abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienste bestimmt sind. Abgeschlossen bedeutet: baulich begrenzt. Der Umstand, daß im allgemeinen das Publikum Zugang hat, steht nicht entgegen. Daher ist zwar der Platz des Schaffners oder Postillons im Postwagen kein abgeschlossener Raum, wohl aber der mit dem Eisenbahnzuge laufende Postwagen. — Zum öffentlichen Dienste ist ein Raum dann bestimmt, wenn er zur Vornahme einer amtlichen oder unter amtlicher Aufsicht stehenden Thätigkeit bestimmt ist.

II. Die **Handlung** kann bestehen:

1. in einem widerrechtlichen Eindringen in die bezeichneten Räume. Der Begriff des „Eindringens" fordert die Überwindung eines Widerstandes. Doch genügt ein psychischer Widerstand, bestehend in dem entgegengesetzten Willen des Berechtigten. So die weitaus herrschende Lehre, auch E 5, 110. 13, 132. A. A. Rubo 5. Zum Vorsatze gehört das Bewußtsein, gegen den Willen des Berechtigten zu handeln. Dieser Wille kann ein allgemein („Hausierern ist der Eintritt verboten") oder speziell gegenüber dem Thäter ausgesprochener sein. Nicht genügend beachtet wird, daß sich vielfach auch das Betreten gewisser Räume ohne die erforderliche Eintrittskarte als Hausfriedensbruch darstellt. Es reicht aber auch aus, wenn der Thäter aus den Umständen, z. B. aus dem Verschluß oder auch aus seinen persönlichen Beziehungen zu dem Berechtigten entnimmt, daß dieser mit seinem Vorgehen nicht einverstanden ist, bezw. bei vorhandener Kenntnis nicht einverstanden wäre. Ist das Bewußtsein des Thäters, in diesem Sinne gegen den Willen des Berechtigten zu handeln, nicht vorhanden, so fehlt es an dem erforderlichen Dolus. Es genügt also nicht, wenn der Thäter jenes Bewußtsein nur hätte haben können oder haben müssen. Häufig wird dies so ausgedrückt, daß man sagt: es genügt das Handeln gegen den vermuteten, aber nicht gegen den zu vermutenden Willen des Berechtigten. Anders jedoch E 13, 132. In welcher Weise das Eindringen erfolgt, ist durchaus gleichgiltig, und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch ein Einschleichen genügt. — Widerrechtlich ist das Eindringen, insofern es im Widerspruch mit einem fremden Besitzwillen erfolgt (BGB § 868), es sei denn, daß dem Thäter eine besondere Befugnis zur Seite stünde, kraft deren er den entgegenstehenden Besitz nicht zu beachten braucht. Eine solche Befugnis ist

Digitized by Google

keineswegs schon dann gegeben, wenn ein erlaubter Zweck, z. B. die Einmahnung einer Schuld, verfolgt wird. Vielmehr muß der Inhalt der Befugnis gerade der sein, eine fremde Wohnung usw. selbst unter Verletzung des Hausrechts zu betreten, es muß dem Hausrechte ein stärkeres subjektives Recht entgegenstehen. E 12, 132. Ein solches wird namentlich durch das öffentliche Recht begründet. Z. B. Befugnis zur Verhaftung, Beschlagnahme, Durchsuchung, polizeilichen Revision (auch Befugnis der Fabrikinspektoren nach GO § 139b oder der technischen Aufsichtsbeamten nach GUVG v. 5./7 1900 § 119). Vergl. auch R 10, 384. Doch kann auch im Privatrecht eine Befugnis zur Verletzung des Hausrechts liegen. So ist der Vater zweifellos berechtigt, die Wohnung des seiner Gewalt unterworfenen Sohnes zu betreten; vergl. auch BGB §§ 227 ff. 904 und (für das ältere Recht) E 6, 14. 15, 391. Aus dem Gesagten ergiebt sich und selbstverständlich ist, daß die Widerrechtlichkeit durch Erlaubnis des Berechtigten beseitigt wird. Wer die Erlaubnis zu widerrechtlichen Zwecken mißbraucht, bringt darum doch nicht widerrechtlich ein. Ebenso Binding, Lehrb. 123. Auch das Moment der Widerrechtlichkeit muß von dem *Vorsatze* umfaßt werden, insofern der Thäter wissen muß, daß er gegen einen fremden Besitz handelt und ihm kein Recht zur Seite steht, vor welchem dieser (das Hausrecht) zurückzutreten hat. (vergl. § 59 I a. E.). Ähnlich E 1, 21. Besonders aber übereinstimmend das Urteil bei Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals 27, 332 und das des hanseat. OLG's S. 24. Die herrschende Lehre fordert Bewußtsein der Normwidrigkeit in dem Sinne, daß der Thäter wissen muß, die von ihm begangene Handlung sei rechtswidrig. — Die Handlung kann ferner darin bestehen, daß

2. derjenige, welcher in einem der bezeichneten Räume *ohne Befugnis verweilt*, sich *trotz Aufforderung des Berechtigten nicht entfernt*. — Die Befugnis zum Verweilen geht rechtlich der Befugnis zum Eindringen parallel, und wo diese letztere gegeben ist, ist auch die erstere vorhanden. Aber der umgekehrte Satz gilt nicht. Z. B. ist der Mieter einer Wohnung, wenn er sich darin befindet, auch befugt, in ihr zu verweilen, nicht aber, falls ihm der Vermieter das Einziehen verwehrt, auch befugt, in sie einzudringen. Überhaupt wird eine Befugnis zum Verweilen häufiger durch ein Privatrecht begründet als ein Recht zum Eindringen. Z. B. durch ein Gesinde- oder Lehrlings- oder Gehilfenverhältnis. Mit dem Ablaufe eines derartigen Vertrags ist das Verweilen ein unbefugtes, ebenso bei *gerechtfertigter* vorzeitiger Auflösung. R 1, 33. Dagegen ist ungerechtfertigte Auflösung des Dienstverhältnisses nicht imstande, das Recht zum Verweilen zu beseitigen. Ebenso Binding, Lehrb. 123. Oppenh.-Del. 13, E 1, 398 und im wesentlichen auch Olsh. 15. A. A. E 5, 234. Vergl. noch E 13, 189. Das Verweilen des Gastes in der Wirtschaft ist jedenfalls ein befugtes während der Zeit, die angemessen erscheint, um die gekauften Speisen und Getränke zu sich zu nehmen. Denn in diesem Falle ist das Recht des Verweilens vertragsmäßig gewährt, freilich stets unter der stillschweigenden Bedingung, daß der Gast sich anständig betrage. E 4, 322. Ein befugtes Verweilen wird aber durch unangemessenes Betragen noch nicht ohne weiteres zu einem unbefugten. Ebenso Binding, Lehrb. 123.

Das unbefugte Verweilen in der Wohnung usw. ist strafbar, wenn eine **Aufforderung** zum Weggehen stattgefunden hat. Wiederholte oder in Worten ausgedrückte Aufforderung verlangt das Gesetz nicht. Die Aufforderung muß vom *Berechtigten* ausgehen. Berechtigt ist zunächst derjenige, dessen Hausrecht (Besitz) verletzt wird. Es steht dem Mieter auch gegenüber dem Vermieter und zwar selbst dann noch zu, wenn der Mieter über die Mietszeit hinaus in der Wohnung verweilt. E 4, 124. Vergl. E 19, 298. (Nicht aber dem Gesinde gegenüber der Herrschaft, vergl. BGB § 855). In der Vermietung einer Wohnung liegt somit eine Beschränkung des an

Digitized by Google

sich dem Vermieter zustehenden Hausrechts, und dies nicht nur gegenüber dem Mieter und dessen Familienangehörigen, sondern auch gegenüber dessen Besuchern. So Olsh. 17. Selbstverständlich erstreckt sich die in der Vermietung liegende Beschränkung auch auf die Zugänge zu den vermieteten Räumen.

Außer dem eigentlichen Inhaber des Hausrechts ist aber als berechtigt zur Aufforderung auch anzusehen, wer jenen in Ausübung des Hausrechts vertritt. An eine scharf juristisch abgegrenzte Vertretungsbefugnis darf dabei nicht gedacht werden. Vielmehr muß als Vertreter jeder gelten, der nach dem präsumtiven Willen des Inhabers des Hausrechts berufen ist, es gegen diese Person zu wahren. So die Ehefrau, die erwachsenen Familienmitglieder, die Dienstboten (BGB § 860) wohl auch vorübergehend anwesende Freunde und Verwandte. Vergl. E 12, 132 (Dienstboten). 23, 194 (Einberufer und Leiter einer Versammlung in einem Wirtslokale als Berechtigter gegenüber dritten).

In den zum öffentlichen Dienst bestimmten Räumen ist der den Dienst leitende oder die Räumlichkeiten beaufsichtigende Beamte an erster Stelle berechtigt. Eine Vertretung kann hier ebenso stattfinden wie sonst. Vergl. Oppenh.-Del. 14.

III. Der **Vorsatz** richtet sich nach den allgemeinen Regeln. S. auch oben II 1. Eine Absicht den Hausfrieden zu brechen fordert das Gesetz nicht. E 13, 312.

IV. **Antragsberechtigung.** — Der Hausfriedensbruch ist normalerweise Antragsdelikt. Die Antragsberechtigung bemißt sich nach § 61 III u. IV. Hiernach ist der Inhaber des Hausrechtes zum Antrage befugt, dritte Personen an seiner Stelle nur dann, wenn sie zufolge einer gesetzlichen Vertretung oder einer Vollmacht zum Schutze der Wohnung usw. berufen sind. Die Berechtigung zu der unter II behandelten Aufforderung geht somit wesentlich weiter als die Antragsbefugnis. So die herrschende Lehre.

V. Nicht Antragsdelikt ist der **qualifizierte Hausfriedensbruch.** Dieser liegt vor:

1. wenn der Thäter mit Waffen versehen ist. Vergl. hierüber die analoge Bestimmung des § 243 Nr. 5 und E 8, 44. Speziell gegen die Ansicht (Rüd.-Stengl. 20), daß die Waffe sichtbar getragen werden müsse, E 28, 269. 30, 78. Daß es genügt, wenn sich der Thäter während der Begehung der That in den Besitz einer Waffe setzt, führt zutreffend E 12, 183 aus;
2. wenn die Handlung von mehreren gemeinschaftlich begangen worden ist. Die Gemeinschaftlichkeit setzt ein einverständliches Handeln voraus. Es wird somit die Mitthäterschaft im Sinne des § 74 als qualifizierendes Moment behandelt. Abweichend Rüd.-Stengl. 21. Vergl. § 47 V. — Das Verweilen ist ein gemeinschaftliches, wenn sich die Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend entsprechend geeinigt haben. E 4, 322;
3. im Falle des § 342;
4. im Falle des § 124.

VI. **Konkurrenz.** — Wird während des Hausfriedensbruchs ein anderes Delikt begangen, so nimmt das RG Realkonkurrenz an. E 4, 187. 32, 137. Für Idealkonkurrenz dagegen Binding, Lehrb. 124 unter Berufung auf die Natur des Hausfriedensbruchs als eines Dauer Delikts. S. § 74 V 1. Im übrigen ist Idealkonkurrenz namentlich möglich mit § 365, sofern die Aufforderung zum Weggehen den Zweck hatte, das Hausrecht zu wahren, und dem Gaste dies zum Bewußtsein kommt. So Olsh. 8 zu § 365. Dagegen ist Idealkonkurrenz mit § 368 Nr. 9 ausgeschlossen. S. o. I 3. Wegen Konkurrenz mit Diebstahl (Mundraub) vergl. § 243.

§ 124.

Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und in der Absicht, Gewaltthätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten

Digitized by Google

Kräften zu begehen, in die Wohnung, in die Geschäftsräume oder in das befriedete Besitztum eines Anderen oder in abgeschlossene Räume, welche zum öffentlichen Dienst bestimmt sind, widerrechtlich eindringt, so wird jeder, welcher an diesen Handlungen teilnimmt, mit Gefängnis von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

Der hier behandelte **schwere Hausfriedensbruch**, auch **Heimsuchung**, steht zu dem einfachen in einem ähnlichen Verhältnisse wie der Aufruhr (§ 115) zu der einfachen Widersetzlichkeit (§ 113). Hier wie dort liegt das qualifizierende Moment darin, daß an der Handlung eine öffentlich zusammengescharte Rotte in gewisser Form beteiligt ist. Eine nicht sehr erhebliche Abweichung besteht darin, daß der schwere Hausfriedensbruch die Zusammenrottung einer Menschenmenge (s. § 110 II) fordert. Erheblicher dagegen sind folgende Abweichungen:

1. Wegen Aufruhrs wird schon bestraft, wer an der Zusammenrottung teilnimmt, wegen schweren Hausfriedensbruchs nur, wer außer an der Zusammenrottung sich auch beim Eindringen in die fremde Wohnung usw. beteiligt.
2. Der schwere Hausfriedensbruch erfordert eine über den Thatbestand des einfachen Delikts hinausgehende Absicht und zwar die Absicht, Gewaltthätigkeiten gegen Personen oder Sachen mit vereinten Kräften (§ 115 II 4) zu verüben. Gewaltthätigkeit ist nicht gleichbedeutend mit Gewalt (§ 52 I 1). Der Unterschied liegt darin, daß nur die Gewalt, nicht aber die Gewaltthätigkeit einen zu brechenden Widerstand voraussetzt. Zum Begriffe der Gewaltthätigkeit gehört nicht ein verletzender Erfolg, wohl aber ist erforderlich, daß sich die körperliche Thätigkeit mit ihrem Objekte mechanisch berührt. So Heilborn, Ztschr. 18, 188. 192. Die Absicht, Gewaltthätigkeiten zu begehen, braucht nicht der Anlaß der Zusammenrottung gewesen zu sein. Dem Wortlaute des Gesetzes nach muß sie bei der Menschenmenge als solcher vorhanden sein. Thatsächlich hat aber nur der einzelne eine Absicht. Deshalb kann wegen schweren Hausfriedensbruchs nur bestraft werden, wer selbst die bezeichnete Absicht gehabt hat. Ebenso Binding, Lehrb. 125. Die herrschende Lehre dagegen begnügt sich bei den einzelnen mit dem Bewußtsein davon, daß sich andere eindringende Personen von der Absicht der Gewaltthätigkeit leiten lassen. Vergl. John in Holtzend. Handb. 3, 161, Hälschner 2, 156, Olsh. 2.

§ 125.

Wenn sich eine Menschenmenge öffentlich zusammenrottet und mit vereinten Kräften gegen Personen oder Sachen Gewaltthätigkeiten begeht, so wird jeder, welcher an dieser Zusammenrottung teilnimmt, wegen Landfriedensbruches mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Die Rädelsführer, sowie diejenigen, welche Gewaltthätigkeiten gegen Personen begangen oder Sachen geplündert, vernichtet oder zerstört haben, werden mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft; auch kann auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

I. **Der Landfriedensbruch im Verhältnis zum schweren Hausfriedensbruch und zum Aufruhr.** — Zum Thatbestande des schweren Hausfriedensbruchs (§ 124) gehört nicht, daß die Absicht der Gewaltsausübung verwirklicht wird. Wird sie verwirklicht, so

Digitized by Google

geht das Delikt in das des Landfriedensbruchs über. Der schwere Hausfriedensbruch ist also eine Übergangsform zum Landfriedensbruch und wird am natürlichsten als Vorbereitungshandlung zum letzteren aufgefaßt, sodaß Idealkonkurrenz nicht möglich ist. So im Ergebnis Olsh. 4 (der ein Subsidiaritätsverhältnis annimmt), Hälschner 2, 156, Meyer 689. A. A. Rüd.-Stengl. 1 zu § 124. Zu beachten ist allerdings, daß der Landfriedensbruch das zum Thatbestande des schweren Hausfriedensbruchs gehörige Eindringen in fremde Wohnungen usw. nicht fordert, dagegen schon durch die Teilnahme an der Zusammenrottung an sich begangen wird. Dagegen ist Idealkonkurrenz mit Aufruhr möglich. E 29, 11.

II. Bezüglich der einzelnen Thatbestandsmerkmale sind zu vergleichen:

1. wegen der Menschenmenge § 110 II;
2. wegen der öffentlichen Zusammenrottung und der Teilnahme an einer solchen § 115 II. Der Vorsatz besteht in dem Bewußtsein, daß einzelne Personen widerrechtliche Zwecke verfolgen, daß die Menge die Erreichung dieser Zwecke zum mindesten passiv unterstützen wird, und daß der eigene Anschluß die Menge, wenn auch nur um ein geringes, verstärkt. Außerdem verlangt Olsh. 2 das gemeinschaftliche Bewußtsein der Menschenmenge (?), daß es zu Gewaltthätigthätigkeiten kommen werde oder könne. Neugierde als Motiv des Anschlusses steht dem Vorsatze nicht entgegen. E 20, 403. 405. Vergl. Meyer 689 und Frank, Ztschr. 12, 296;
3. wegen Gewaltthätigkeiten s. § 124, 2, wegen vereinter Kräfte § 115 II 4. Die wirkliche Begehung von Gewaltthätigkeiten ist objektive Bedingung der Strafbarkeit. Ebenso Merkel 392, Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen (1901) 139. 140. Dabei ist der gesetzgeberische Gedanke derselbe wie für den Aufruhr unter § 115 II 4 dargelegt und nicht, wie Heilborn, Ztschr. 18, 206 meint, der einer fingierten Thäterschaft des einzelnen Rottierers. Gegen Heilborn auch Freudenthal a. a. O. Mit Recht aber führt Heilborn a. a. O. 197 ff. gegen E 20, 403. 405 aus, daß die Gewaltthätigkeiten von der Menge verübt sein müssen. Ebenso Merkel 392, Meyer 689.

III. Eine erhöhte Strafe tritt ein:

1. gegen den Rädelsführer. S. § 115 III;
2. gegen diejenigen, welche Gewaltthätigkeiten begangen oder Sachen geplündert, vernichtet oder zerstört haben. Über den Begriff des Plünderns s. MStGB § 129.

Idealkonkurrenz mit Diebstahl, Raub, räuberischer Erpressung und Sachbeschädigung ist ausgeschlossen, weil hier ein Spezialfall vorliegt. A. A. Heilborn a. a. O. 214.

§ 126.

Wer durch Androhung eines gemeingefährlichen Verbrechens den öffentlichen Frieden stört, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

Das wenig passend als **Landzwang** bezeichnete Delikt richtet sich gegen den Rechtsfrieden. Dieser Begriff wird in einem doppelten Sinne gebraucht: im objektiven Sinne bezeichnet er den Zustand des befriedeten Zusammenlebens, im subjektiven das Gefühl, das Bewußtsein davon oder besser: das Gefühl der Rechtssicherheit. Vergl. Goehrs, Der Rechtsfrieden (1900) 7 ff., derſ., Ztschr. 19, 479 ff. Daß hier unter dem öffentlichen Frieden der Rechtsfrieden im subjektiven Sinne zu verstehen sei, wird allgemein zugegeben. Vergl. v. Buri GS 27, 228, Olsh. 1, Oppenh.-Del. 4, Goehrs, Rechtsfrieden 40 und Ztschr. a. a. O. 482. A. A. Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens (1894) 321 ff., der überhaupt nur einen Rechtsfrieden im objektiven Sinne anerkennt. Gestört ist der öffentliche Frieden, wenn das Bewußtsein der Rechts-

Digitized by Google

sicherheit in weiteren Kreisen erschüttert ist. Hierin besteht der Erfolg der Handlung. Der Thäter muß also die Wirkung erkannt, vorausgesehen haben. Rechnete er darauf, daß die Drohung nur einer beschränkten Personenzahl bekannt, oder nahm er an, daß sie nicht als ernst gemeint aufgefaßt werden würde, so fehlt es, an dem erforderlichen Dolus. — Androhung ist gleichbedeutend mit Drohung. Vergl. § 48 II 1a. Unter gemeingefährlichen Verbrechen (nicht Vergehen) sind die des 27. Abschn. zu verstehen. Diesen Verbrechen stehen aber die des Sprengstoffgesetzes gleich. So mit Recht Goehrs, Ztschr. 19, 490, der gleichzeitig bemerkt, daß die Verbrechen des Nahrungsmittelgesetzes nicht hierher gehören. — Daß die Handlung, mit welcher der Thäter droht, sich als gemeingefährliches Verbrechen qualifiziert, braucht er nicht zu wissen. Ein Irrtum in dieser Beziehung würde als strafrechtlicher außer Betracht bleiben. S. § 59 I.

§ 127.

Wer unbefugterweise einen bewaffneten Haufen bildet oder befehligt oder eine Mannschaft, von der er weiß, daß sie ohne gesetzliche Befugnis gesammelt ist, mit Waffen oder Kriegsbedürfnissen versieht, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Wer sich einem solchen bewaffneten Haufen anschließt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

Die Begriffe bewaffneter Haufen und Mannschaft weisen auf eine der militärischen entsprechende Organisation und Zucht hin. Deshalb gehören Jagdgesellschaften nicht hierher. — Die Bildung oder Befehligung eines bewaffneten Haufens geschieht dann unbefugterweise und eine Mannschaft ist dann ohne gesetzliche Befugnis gesammelt, wenn es an ausdrücklicher Erlaubnis sei es des Gesetzes, sei es der zuständigen Behörde, fehlt. A. A. die meisten, z. B. Olsh. 2, Rüd.-Stengl. 1, welche unbefugterweise usw. auslegen als: einem gesetzlichen oder obrigkeitlichen Verbot widerstreitend. Das wäre richtig, wenn die Stelle „Widerrechtlichkeit" forderte. Außerdem spricht gegen die herrschende Lehre code pén. art. 92 („sans ordre ou autorisation"), mit welcher Stelle vermutlich ein Zusammenhang nachweisbar ist.

§ 128.

Die Teilnahme an einer Verbindung, deren Dasein, Verfassung oder Zweck vor der Staatsregierung geheimgehalten werden soll, oder in welcher gegen unbekannte Obere Gehorsam oder gegen bekannte Obere unbedingter Gehorsam versprochen wird, ist an den Mitgliedern mit Gefängnis bis zu sechs Monaten, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängnis von Einem Monat bis zu Einem Jahre zu bestrafen.

Gegen Beamte kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

I. Die Stelle soll zweifellos nicht die gemeinrechtliche Komplottheorie wieder zum Leben erwecken. Deshalb ist **Verbindung** nicht gleichbedeutend mit Vereinigung mehrerer Personen zu einer bestimmten Einzelhandlung, vielmehr darunter zu verstehen: eine organisierte, auf längere Dauer, und zwar über die Beteiligung der gegenwärtigen Mitglieder hinaus, berechnete Vereinigung mehrerer Personen zur Verfolgung

Digitized by Google

eines bestimmten Zwecks. Die Organisation bewirkt nicht nur, daß die Mitglieder sich in gewissen Beziehungen dem Willen der Gesamtheit zu unterwerfen haben, sondern weiter, daß, wenigstens thatsächlich und für die inneren Verhältnisse, die Verbindung als ein besonderes Rechtssubjekt angesehen wird. Eine Vereinigung, die sich von vornherein auf individuell bestimmte Mitglieder beschränkt, ist keine Verbindung. Ebensowenig trifft der Begriff da zu, wo das Ganze nicht als ein besonderes Subjekt erscheint. Eine Partei *kann* Verbindung sein, ist es aber jedenfalls dann nicht, wenn ihr eine Organisation in dem angedeuteten Sinne fehlt. — Die herrschende Lehre fordert zwar auch Organisation und Vereinigung auf längere Dauer, legt aber auf den Bestand über die gegenwärtigen Mitglieder hinaus und auf die selbständige Persönlichkeit der Verbindung keinen Wert. E **13**, 273. **17**, 193. **24**, 328. Sie kann daher auch unrichtigerweise Wahlvereine zu den Verbindungen rechnen. E **16**, 294.

Auf den *Zweck* der Verbindung kommt es nicht an. Insbesondere braucht er kein politischer zu sein. Daher ist auch die Teilnahme an den bekannten Schülerverbindungen strafbar. Ob der Jesuitenorden und die Freimaurerlogen unter das Gesetz fallen, läßt sich nur auf Grund ihrer eigentümlichen Verhältnisse beurteilen. Die Praxis verneint stillschweigend.

Der wiederholt behauptete Unterschied zwischen Verein und Verbindung (E. Loening i. d. Schriften d. Vereins f. Sozialpolitik **76**, 284, Krückmann, Grünhuts Ztschr. **37**, 229 ff.) kann für die vorligende Stelle nicht zugegeben werden.

II. Bestritten ist die Frage, ob **Teilnahme** gleichbedeutend ist mit *Mitgliedschaft*. E **6**, 215, R **8**, 363. **9**, 464 verneinen und gelangen so zu einer Bestrafung der Stifter, auch wenn diese nicht Mitglieder sind. So auch Oppenh.-Del. 1, Rüd.-Stengl. 6, Berner 405. Die erste und die letzte der zitierten Entscheidungen gehen sogar noch weiter, indem sie (wenigstens indirekt) auch eine Bestrafung dritter Personen zulassen, die ohne Mitglieder oder Anstifter zu sein, durch Geldbeiträge oder in ähnlicher Weise die Verbindung unterstützt haben. S. dagegen E **17**, 193. **24**, 328. (Hier wird die ganze Frage als zweifelhaft bezeichnet.) Der Sprachgebrauch fordert jedoch eine Identifizierung von Teilnahme und Mitgliedschaft, so daß die Stifter, die nicht Mitglieder sind, vielleicht als Anstifter, aber nicht als Thäter in Betracht kommen. Ebenso Olsh. 1, v. Liszt § 188, Meyer 673. Die Eigenschaft als Stifter oder Vorsteher erscheint somit lediglich als erschwerender Umstand der Mitgliedschaft.

§ 129.

Die Teilnahme an einer Verbindung, zu deren Zwecken oder Beschäftigungen gehört, Maßregeln der Verwaltung oder die Vollziehung von Gesetzen durch ungesetzliche Mittel zu verhindern oder zu entkräften, ist an den Mitgliedern mit Gefängnis bis zu Einem Jahre, an den Stiftern und Vorstehern der Verbindung mit Gefängnis von drei Monaten bis zu zwei Jahren zu bestrafen.

Gegen Beamte kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

Während für den Thatbestand des § 128 die Zwecke der Verbindung gleichgiltig sind, *begründen* sie gerade umgekehrt hier die Strafbarkeit. Zweck und Beschäftigung können in den Statuten vorgesehen sein oder auf der Praxis der Verbindung oder auch auf dem Einverständnis der Mitglieder beruhen. Zweck ist, was die Verbindung erstrebt. Vergl. E **16**, 294. Ob der Zweck jemals erreicht oder auch nur ernstlich zu erreichen versucht wurde, ist gleichgiltig. E **13**, 273.

Digitized by Google

§ 130.

Wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewaltthätigkeiten gegen einander öffentlich anreizt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. Die Stelle ist einem französischen Gesetze vom 9./9 1835 nachgebildet und behandelt die Aufreizung der verschiedenen **Bevölkerungsklassen** gegeneinander. Die Motive verstehen unter Bevölkerungsklassen „eine Mehrheit von Personen, welche wegen gleicher Lebensstellung oder wegen einer Übereinstimmung der Ansichten, Zwecke oder Interessen als verbunden betrachtet ... werden". Es wird dann betont, daß die unter der Mehrheit begriffenen einzelnen Personen bestimmt erkennbar und äußerlich unterscheidbar sein müssen, und daß vage Abstraktionen ohne entsprechende faßbare äußere Gestaltung nicht genügen. — Diese Bemerkungen sind nicht ohne inneren Widerspruch. Denn welche Personen durch „Übereinstimmung der Ansichten" verbunden sind, läßt sich „äußerlich" nur sehr selten erkennen, und selbst wenn es sich erkennen läßt, so machen die durch Einheit der Ansichten verbundenen Personen doch noch keine Klasse der Bevölkerung aus. Mit Recht legt dagegen E 22, 293 den Ton darauf, daß als Klassen *gesellschaftlich* abgegrenzte Teile der Bevölkerung in Betracht kommen. Ähnlich, jedoch modifizierend, E 26, 63: *historisch gewordene Teile der Bevölkerung*. Als solche Teile erscheinen: Christen und Juden (E 32, 352), Deutsche und Polen in polnischen Landesteilen (E 17, 309. 31, 185), Bourgeoisie und Arbeiter, Soldaten und Zivilisten. *Nicht* aber: Gebildete und Ungebildete, Brotverteurer und Brotverzehrer (E 22, 293), Regierende und Regierte (E 26, 63), Freimaurer und Nichtfreimaurer. Vergl. die Urt. des Obertribunals in Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals 14, 385. 17, 353. 22, 422.

II. Die **Handlung** besteht im öffentlichen Anreizen (§ 112 II) verschiedener Bevölkerungsklassen zu Gewaltthätigkeiten (§ 124) gegeneinander. Dies ist nicht so zu verstehen, als ob *jede* der in Betracht kommenden Bevölkerungsklassen angereizt werden müßte, vielmehr genügt die Anreizung einer gegen die andere. So Oppenh.-Del. 6, Goehrs, Der Rechtsfriede (1900) 136. *Öffentlich* ist die Anreizung, wenn unbestimmt welche Personen Kenntnis nehmen können. Vergl. § 110 II 1 a. Nach E 28, 387 soll die Übersendung *eines* Exemplars eines Heftes an einen Sortimenter genügen.

Die Anreizung muß *in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise* erfolgen. Die Gefährdung darf hier nicht als Erfolg gedacht werden, sondern als Modalität der Begehung, als „Geeignetheit" des Mittels. Vergl. die abweichende Fassung z. B. des § 323. Ebenso E 2, 431. Es ist daher nicht erforderlich, daß die Stimmung der Bevölkerung in einer abnormen Weise (vergl. § 1 II) erregt worden sei, sondern ausreichend, wenn ein mit den Verhältnissen vertrauter objektiver Beobachter zu der Ansicht gelangt, daß es zu einer Erregung und damit auch zur Verübung von Gewaltthätigkeiten leicht hätte kommen können. Ähnlich v. Buri, GS 27, 232. Die herrschende Lehre dagegen sieht in der Fridensgefährdung den Erfolg der Handlung. Olsh. 3, v. Liszt § 74. Anderseits aber weist Goehrs a. a. O. 42 mit Recht darauf hin, daß sich das Delikt nicht gegen den Rechtsfrieden im subjektiven, sondern im *objektiven* Sinne richte. Vergl. § 126. Ebenso bes. v. Liszt a. a. O., Oppenh.-Del. 1. Deshalb genügt es nicht, wenn die Handlung nur geeignet war, das Gefühl der Rechtssicherheit in weiteren Kreisen zu erschüttern. A. A. Olsh. 3, E 18, 314. 26, 349, namentlich aber E 34, 268. Dieses letztere Urteil ist für den Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Rechtsfrieden belehrend. Ein Agitator hatte in einer Versammlung zu Gewaltthätigkeiten gegen die Juden aufgefordert.

Digitized by Google

Die Strafkammer sprach frei, weil derartige Aufforderungen nicht geeignet seien, jemanden zu Gewaltthätigkeiten zu veranlassen. Das RG dagegen erklärte es für ausreichend, wenn in den Juden die entgegenstehende Befürchtung wachgerufen werde. Die Strafkammer nahm also an, das Delikt richte sich gegen den Rechtsfrieden im objektiven Sinne, während das RG die Gefährdung des Rechtsfriedens im subjektiven Sinne genügen ließ.

III. Zum **Vorsatze** gehört das Bewußtsein anzureizen, d. h. auf die Leidenschaft derartig einzuwirken, daß es leicht zu Gewaltthätigkeiten kommen kann. Ähnlich Oppenh.-Del. 9. Ganz anders muß den Dolus bestimmen, wer annimmt, daß sich die Handlung gegen den Rechtsfrieden im subjektiven Sinne richte. S. o. II a. E. Denn vom Standpunkte dieser Auffassung aus kann es auf den Ausbruch von Gewaltthätigkeiten weder objektiv noch subjektiv ankommen. Deshalb ist es inkonsequent, wenn Olsh. 4 verlangt, daß der Vorsatz die Begehung von Gewaltthätigkeiten mitumfasse. Daß der Ausbruch von Gewaltthätigkeiten beabsichtigt werde, gehört zweifellos nicht zum Dolus. E 9, 417. 21, 185.

IV. Idealkonkurrenz mit § 111 ist möglich. — Wegen Verjährung s. Preßges. § 22, wegen Beschlagnahme das. § 23 Nr. 3.

§ 130 a.

Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Berufes öffentlich vor einer Menschenmenge, oder welcher in einer Kirche oder an einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte vor Mehreren Angelegenheiten des Staats in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise zum Gegenstande einer Verkündigung oder Erörterung macht, wird mit Gefängnis oder Festungshaft bis zu zwei Jahren bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen Geistlichen oder anderen Religionsdiener, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Berufes Schriftstücke ausgiebt oder verbreitet, in welchen Angelegenheiten des Staats in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise zum Gegenstande einer Verkündigung oder Erörterung gemacht sind.

I. Sogenannter Kanzelparagraph. Erster Absatz eingeführt durch Ges. v. 10./12 1871, zweiter durch die Novelle v. 26./2 1876.

II. Thäter (oder Mitthäter) kann nur ein **Geistlicher oder ein anderer Religionsdiener sein.** Der Zweck des Gesetzes besteht in der Verhütung des Mißbrauchs geistlicher Autorität in weltlichen Angelegenheiten. Man wird daher hier unter Religionsdienern nur solche mit religiösen Funktionen betraute Personen zu verstehen haben, denen kraft ihrer Stellung eine gewisse geistliche Autorität zukommt, also nicht: Kirchendiener, Küster, Organisten, Glöckner; wohl aber: Mennonitenprediger, Regulare eines geistlichen Ordens. So im Ergebnis die herrschende Lehre. Praktisch nicht wesentlich abweichend Meyer 691, nach welchem unter Religionsdienern nur die Geistlichen aller Bekenntnisse zu verstehen sind.

III. Die **Handlung** des ersten Absatzes besteht in der unter gewissen Modalitäten vorgenommenen Verkündigung oder Erörterung von Angelegenheiten des Staates. Hierunter sind nicht solche zu verstehen, um die sich der Staat möglicherweise kümmert, sondern nur solche, die er thatsächlich nach dem gegenwärtigen Rechtszustande in den Bereich seiner ordnenden, beaufsichtigenden, fördernden Thätigkeit zieht. Hierzu

Digitized by Google

können auch kirchliche Angelegenheiten gehören, selbst wenn sie nach der Auffassung der betreffenden Kirche von jeder staatlichen Beeinflussung frei bleiben sollen. Das gleiche gilt von Privatangelegenheiten. Beispiele: Reichstagswahlen (E 13, 169), Anordnungen einzelner Behörden und Beamten (E 18, 406), Eidesleistungen vor jüdischen Richtern. Gesetzentwürfe gehören nur dann hierher, wenn die darin behandelte Materie bereits nach dem jetzigen Rechtszustande der staatlichen Regelung untersteht. Der vorläufig durch einen Gesetzentwurf nur geplante Eingriff in ein seither ausschließlich der Kirche überlassenes Gebiet ist noch keine Angelegenheit des Staates.

Die Verkündigung oder Erörterung muß erfolgen:

1. entweder
   a) in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung des (geistlichen) Berufs, und zwar öffentlich vor einer Menschenmenge. In Veranlassung usw. bedeutet: bei Gelgenheit einer Berufsthätigkeit, so daß die dem Geistlichen usw. in seinem Berufe zukommende Autorität auf seine nicht im Berufe (nicht amtlich) erfolgenden Äußerungen übertragen wird. Über die Begriffe der Öffentlichkeit und der Menschenmenge s. § 110 II. Z. B.: unmittelbar vor der Grundsteinlegung einer Kirche hält der Geistliche vor der zu der Feierlichkeit versammelten Menge eine politische Rede; oder
   b) in einer Kirche oder an einem andern zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte (z. B. Friedhof) und zwar vor mehreren;
2. in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise. Das Delikt richtet sich wie das des vorhergehenden §, der in dieser Beziehung zu vergleichen ist, gegen den Rechtsfrieden in objektivem Sinne. Goehrs, Der Rechtsfrieden (1900) 44.

Der zweite Absatz stellt der eigenen Verkündigung oder Erörterung die Ausgabe oder Verbreitung von Schriftstücken gleich. Jedoch braucht die Handlung hier weder öffentlich noch vor einer Menschenmenge, noch in einer Kirche oder einem sonstigen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte zu erfolgen. Es genügt, wenn sie in Ausübung des Berufs oder in Veranlassung dieser Ausübung erfolgt (z. B. an Kinder in der Konfirmandenstunde). Der Dolus fordert hier die Kenntnis des Inhalts.

§ 131.

Wer erdichtete oder entstellte Thatsachen, wissend, daß sie erdichtet oder entstellt sind, öffentlich behauptet oder verbreitet, um dadurch Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. **Allgemeine Bedeutung der Stelle.** — Der berüchtigte „Haß- und Verachtungsparagraph" des preußischen StGB's (§ 110) hatte die Kritik staatlicher Einrichtungen erheblich beschränkt. Mit diesem Systeme will die vorliegende Stelle brechen: die Kritik soll frei sein und der Staat nur gegen Verleumdungen geschützt werden. Deshalb tritt das hier behandelte Delikt auf eine Stufe mit der Verleumdung des § 187, von der es sich im wesentlichen nur durch seine Richtung auf den Staat unterscheidet.

II. Der Begriff der **Thatsache** ist derselbe wie in dem § 263. Seinen Gegensatz bildet namentlich das Urteil, d. h. alles was als Ergebnis der Denkthätigkeit, insbesondere der ethischen oder sozialen Wertschätzung, erscheint. Daher ist die Behauptung, es finde im heutigen Staate Rechtsungleichheit zu Gunsten des Besitzlosen statt, nicht die Behauptung einer Thatsache. E 22, 158. Vergl. auch E 24, 387. Innere

Digitized by Google

Thatsachen (z. B. Ansichten, Motive), stehen aber auch hier den sinnfälligen gleich. R 4, 232. 8, 109, E 16, 368. 22, 158. A. A. Oppenh.-Del. 2.

Erdichtet oder entstellt ist eine Thatsache dann, wenn sie als wahr hingestellt wird, obwohl sie nicht oder nicht ganz der Wahrheit entspricht.

III. Die **Handlung** besteht in der öffentlichen Behauptung oder Verbreitung einer erdichteten oder entstellten Thatsache. Über Behauptung und Verbreitung s. § 187. Das Erfordernis der Öffentlichkeit bezieht sich nur auf „behaupten". Olsh. 4. Im übrigen s. über den Begriff der Öffentlichkeit § 110 II.

IV. Zum **Vorsatze** gehört:

1. das Bewußtsein, daß die behauptete oder verbreitete Thatsache erdichtet oder entstellt ist. Dolus eventualis kann hier, wo das Wissen ausdrücklich gefordert wird, nicht als genügend angesehen werden. Ebenso Oppenh.-Del. 11, Olsh. 13, wohl auch E 23, 151;
2. die Absicht, durch die Behauptung oder Verbreitung Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit verächtlich zu machen. Die bloße Voraussicht dieses Erfolges reicht somit nicht aus. Erforderlich ist ferner, daß die Staatseinrichtungen usw. als solche verächtlich gemacht werden sollen. Andernfalls kann vielleicht Beleidigung, aber kein unter die vorliegende Stelle fallendes Delikt vorliegen. E 29, 318. Dagegen braucht nach richtiger Ansicht die behauptete Thatsache zur Herbeiführung des Erfolges nicht geeignet zu sein. So v. Liszt § 176, Olsh. 7, R 4, 232. A. A. Hälschner 1, 836, E 1, 161, R 3, 147. Einzelnes:
   a) Unter **Staatseinrichtungen** hat man mit Olsh. 9, v. Liszt § 176 die dauernden Bestandteile der Staatsverfassung oder Staatsverwaltung zu verstehen. Besonders scharf heben Meyer 659, Beling, Ztschr. 18, 280 die öffentlich-rechtliche Natur des Begriffs hervor. Vergl. E 22, 253 (allgemeine menschliche Kulturzustände wie Eigentum und Ehe seien keine Staatseinrichtungen). Nicht zu billigen aber ist es, wenn E 30, 263 mit der herrschenden Lehre den Staat selbst zu den Staatseinrichtungen zählt. Dagegen auch Oppenh.-Del. 14.
   b) Zu den obrigkeitlichen Anordnungen gehören auch die der Gesetzgebung. Eine Unterscheidung in der Richtung, ob sie Gehorsam fordern oder nicht, ob sie genereller oder spezieller Natur sind, kann an dieser Stelle nicht gemacht werden. E 2, 297. Nach E 23, 151 sollen indessen solche Anordnungen, die lediglich den inneramtlichen Dienst betreffen, nicht hierher gehören (bedenklich).
   c) Nur inländische, d. h. dem Reiche oder einem seiner Gliedstaaten angehörige Einrichtungen und Anordnungen fallen unter die Stelle. Vergl. E 21, 394.
   d) Die Absicht des Thäters muß darauf gerichtet sein, Staatseinrichtungen usw. verächtlich zu machen, d. h. sie als im Gegensatze zu den Anforderungen der Sittlichkeit befindlich erscheinen zu lassen. Dabei ist nicht zu übersehen daß der Obrigkeit aus ihrer Stellung besondere Pflichten erwachsen, deren Vernachlässigung gerade bei ihr als unsittlich anzusehen wäre.

V. Idealkonkurrenz ist namentlich mit Verleumdung möglich.

§ 132.

Wer unbefugt sich mit Ausübung eines öffentlichen Amtes befaßt oder eine Handlung vornimmt, welche nur kraft eines öffentlichen Amtes vorgenommen werden darf, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

I. Die **Amtsanmaßung kann in doppelter Weise** erfolgen:

1. so, daß der Thäter „sich mit Ausübung eines öffentlichen Amtes befaßt", d. h. einer

Digitized by Google

von ihm vorgenommenen Handlung den falschen Anschein giebt, als sei sie eine Amtshandlung;

2. so, daß der Thäter eine Handlung vornimmt, der er zwar nicht den Charakter einer Amtshandlung beilegt, die er aber nur auf Grund eines öffentlichen Amtes hätte vornehmen dürfen.

In beiden Fällen beurteilt sich der **Begriff des öffentlichen Amtes** nach § 31, dessen zweiter Absatz zweifellos auch hier Anwendung findet. A. A. Rüd.-Stengl. 2. Im Sinne der herrschenden Lehre sind auch hier die Kirchenämter nicht als öffentliche anzusehen.

II.

1. **Erster Fall.** — Einer Handlung wird der Charakter einer Amtshandlung zunächst dann beigelegt, wenn der Thäter bei Vornahme derselben als Beamter auftritt, ohne es zu sein. Es kommt in diesem Falle nicht darauf an, ob er als Privatmann die fragliche Handlung vornehmen durfte. Wer z. B. bei einer vorläufigen Festnahme gemäß StPO § 127 Abs. 1 sich für einen Polizeibeamten ausgiebt, macht sich strafbar. Nicht minder der Gläubiger, der ein nicht unterschriebenes Formular eines Zahlungsbefehls dem Schuldner in einer Weise zugehen läßt, als ob es vom Amtsgericht komme. Denn die legale äußere Form der Amtshandlung braucht nicht gewahrt zu sein. E 23, 205. Gleichgiltig ist ferner, ob die vorgenommene Handlung innerhalb der Befugnisse desjenigen Amtes liegt, dessen Träger der Thäter zu sein vorgiebt; und selbst der Umstand steht nicht entgegen, daß das behauptete Amt überhaupt nicht existiert. E 2, 292, R 2, 716. — Ferner kann der Thäter einer Handlung unbefugterweise den Charakter als Amtshandlung dadurch beilegen, daß er als Beamter die Grenzen seines Amtes überschreitet, derart, daß er in die Thätigkeit eines andern Amtes eingreift. E 18, 430. Dagegen beurteilt sich eine Überschreitung der Amtsbefugnisse in dem Sinne der Vornahme einer Amtshandlung ohne die erforderlichen thatsächlichen Voraussetzungen, nach dem 28. Abschn. — Zum Vorsatze gehört das Bewußtsein des unbefugten Vorgehens. Der Thäter muß demnach wissen, daß er nicht befugt ist, sich in concreto mit der Ausübung eines Amtes zu befassen, mit andern Worten, daß er nicht befugt ist, seiner Handlung den Charakter einer Amtshandlung zu geben.
2. **Zweiter Fall.** — Giebt der Thäter seiner Handlung nicht den Anschein eines amtlichen Vorgehens, so macht er sich nur dann strafbar, wenn objektiv die Vornahme der konkreten Handlung lediglich auf Grund eines öffentlichen Amtes gestattet war, und wenn er subjektiv hiervon Kenntnis hatte. Z. B.: eine Privatperson nimmt gegen den Willen des Betroffenen eine Hausſuchung vor. E 34, 289. Dagegen dürfte der von R 5, 755 hierher gezählte Fall, bei welchem jemand unbefugt ein öffentliches Zeugnis unter seinem Namen ausstellt, unter 1 zu subsumieren sein. Die Abnahme eines außerhalb eines amtlichen Verfahrens geleisteten Eides ist nicht strafbar. E 34, 289.

III. Idealkonkurrenz mit Fälschung einer öffentlichen Urkunde ist möglich. S. o. II 2 a. E. Desgleichen können die beiden Fälle untereinander in Idealkonkurrenz treten. E 32, 85.

§ 133.

Wer eine Urkunde, ein Register, Akten oder einen sonstigen Gegenstand, welche sich zur amtlichen Aufbewahrung an einem dazu bestimmten Orte befinden, oder welche einem Beamten oder einem Dritten amtlich übergeben worden sind, vorsätzlich vernichtet, beiseiteschafft oder beschädigt, wird mit Gefängnis bestraft.

Ist die Handlung in gewinnsüchtiger Absicht begangen, so tritt Ge-

Digitized by Google

fängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

I. **Objekt des Delikts.** — Eine nähere Bestimmung des Begriffs der Urkunde ist an dieser Stelle überflüssig, weil ein Gegenstand, der nicht Urkunde, doch jedenfalls „ein sonstiger Gegenstand" ist. Vergl. darüber Seeliger, Der Bruch des amtlichen Gewahrsams (1901) 54 ff. Objekt des Delikts sind die im Gesetze aufgeführten Sachen, wenn sie sich in amtlichem Gewahrsam befinden. Über den Begriff des Gewahrsams s. § 242 und Seeliger a. a. O. 13 ff. Das bezeichnete Erfordernis ist erfüllt:

1. wenn sich der Gegenstand zur amtlichen Aufbewahrung an einem dazu bestimmten Orte befindet. Amtliche Aufbewahrung ist eine solche, die kraft des durch das Amt verliehenen Hoheitsrechtes angeordnet ist. Vergl. Olsh. 3, Seeliger a. a. O. 27, E 12, 67. Z. B. gemäß StPO § 94 aufgegriffene Sachen, hinterlegte Testamente. E 29, 321 rechnet zu den Ämtern im Sinne der vorliegenden Stelle alle, welche das öffentliche Interesse angehende Geschäfte unter der Autorität des Staates oder diesem untergeordneter öffentlicher Korporationen erledigen, so daß sich namentlich auch mit einem Kirchenamte eine amtliche Aufbewahrung verbinden kann. Auf Dauer braucht die Verwahrung nicht berechnet zu sein. Inventarstücke des betreffenden Amtes (Tische, Stühle, Brennholz, Formulare usw.) gehören nicht hierher, weil ihre Aufbewahrung eine privatrechtliche ist und überdies diese Gegenstände nicht aufbewahrt, sondern gebraucht und verbraucht werden sollen. E 24, 385. Doch nimmt E 23, 283 an, daß zum Verkauf bestimmte Akten, solange sie noch nicht ausgeschieden sind, sich noch in amtlicher Verwahrung befinden. Vergl. hierüber bes. Hälschner 2, 839, Meyer 659, Seeliger a. a. O. 19 ff. 56 ff. Befindet sich der Gegenstand nicht mehr an dem zur Aufbewahrung bestimmten Orte, so kann er nicht mehr Objekt des Delikts sein. A. A. E 19, 319. 28, 107. 33, 413. (Die amtliche Aufbewahrung verleihe der Sache eine Eigenschaft, welche bis zur Erfüllung des Zweckes oder bis zu anderweiter Verfügung fortdauere.) Dagegen mit Recht Meyer 660, Olsh. 3, Oppenh.-Del. 6, Seeliger a. a. O. 30 ff. Mit Recht bemerkt aber E 22, 204, daß der Aufbewahrungsort auch ein beweglicher, z. B. die Sammeltasche des Briefboten, sein könne. Über dieses Urteil s. Beling, Ztschr. 18, 282;
2. wenn der Gegenstand einem Beamten oder einem dritten amtlich übergeben ist. Wegen „Beamten" s. § 359. Amtlich (s. o. 1) kann die Übergabe sowohl vom Standpunkte des Gebenden wie auch des Nehmenden aus sein. D. h.: amtlich übergeben ist nicht nur, was ein Beamter kraft seines Amtes übergiebt, sondern auch, was ihm zur Begründung amtlichen Gewahrsams (wenn auch nicht gerade zur amtlichen Aufbewahrung) übergeben wird. Erfolgt die Übergabe an einen Nichtbeamten (einen „dritten"), so findet die Stelle nur dann Anwendung, wenn der amtliche Gewahrsam trotz der Übergabe fortdauert. (Diese durch den systematischen Zusammenhang gebotene restriktive Interpretation wird allgemein anerkannt.) Z. B.: der Schuldner zerreißt das Pfändungsprotokoll, das ihm zur Unterschrift vorgelegt war. Vergl. dazu E 33, 413. Ob die amtliche Verfügungsgewalt trotz Übergabe an einen Nichtbeamten fortbesteht, kann nur nach den konkreten Umständen unter Berücksichtigung des Willens der Beteiligten entschieden werden. Jedenfalls aber besteht die amtliche Verfügungsgewalt noch so lange, als eine, wenn auch nicht beamtete, Mittelsperson den Gegenstand im Gewahrsam hat. Eine solche Mittelsperson ist z. B. der Bote, der ein amtliches Schreiben zur Post bringen soll. Vergl. E 12, 67. 19, 319, R 2, 531.

In beiden Fällen ist es unerheblich, ob die amtliche Verwahrung bezw. Übergabe materiell gerechtfertigt und ob der betr. Beamte zuständig ist. E 28, 379.

II. Die **Handlung** kann bestehen:

Digitized by Google

1. in einem vorsätzlichen Vernichten;
2. in dem vorsätzlichen Beiseiteschaffen, d. h. darin, daß die Sache durch örtliche Entfernung der thatsächlichen Ausübung der amtlichen Verfügungsgewalt entzogen wird. Ähnlich E 10, 189. (Erfolgt das Beiseiteschaffen in Zueignungsabsicht, so liegt Idealkonkurrenz mit Diebstahl vor.) Für das Erfordernis der räumlichen Entfernung u. a. Olsh. 5 (mit der zutreffenden Bemerkung, daß die Entfernung nicht gerade eine solche aus den amtlichen Geschäftsräumen zu sein brauche), Oppenh.-Del. 8, E 10, 189. Dagegen Meyer 660 und Seeliger a. a. O. 70, der aber S. 65 mit Unrecht Heimlichkeit des Thuns für wesentlich hält. Auch in der vorsätzlichen Einfügung eines Schriftstücks in falsche Akten kann Beiseiteschaffen liegen. Dauernd braucht die Entziehung nicht zu sein; E 2, 425 (nähere Nachweisungen bei Seeliger 56 ff.). Beiseiteschaffen durch Unterlassung, d. h. durch pflichtwidriges Nichtherbeischaffen s. E 12, 247;
3. in einem vorsätzlichen Beschädigen. Hierüber vergl. § 303. Auch in dem Verfälschen einer Urkunde kann eine Beschädigung liegen. E 19, 319. Im letzteren Falle Idealkonkurrenz mit § 267.

III. **Thäter** des Delikts kann jeder sein, insbesondere auch der Eigentümer des betreffenden Gegenstandes. Daher ist Idealkonkurrenz mit § 305 möglich. Dasselbe gilt von dem Beamten, welchem die betreffende Sache amtlich anvertraut oder übergeben ist. E 12, 247. S. auch oben I 2. Bei Urkunden Spezialfall § 348 Abs. 2, so daß Idealkonkurrenz ausgeschlossen ist. E 2, 425.

IV. Zum **Vorsatze** gehört namentlich das Bewußtsein, daß die Sache unter amtlicher Verfügungsgewalt steht. Strafverschärfend wirkt gewinnsüchtige Absicht, d. h. die Absicht, sich oder einem dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Ebenso v. Liszt § 176, Hälschner 2, 841. Dagegen genügt nach Olsh. 8, Oppenh.-Del. 11, Rüd.-Stengl. 11 Absicht zur Erreichung eines jeden materiellen Vorteils (z. B. Absicht einer Bestrafung zu entgehen). Vergl. auch Seeliger a. a. O. 89. In welcher Weise die Absicht erreicht werden soll, ob durch Verkauf oder schon dadurch, daß der Gegenstand der Behörde entzogen wird, ist gleichgiltig. E 12, 347.

V. Idealkonkurrenz mit §§ 136. 137 ist möglich. S. § 137 VI. Vergl. auch oben II 2. 3.

§ 134.

Wer öffentlich angeschlagene Bekanntmachungen, Verordnungen, Befehle oder Anzeigen von Behörden oder Beamten böswillig abreißt, beschädigt oder verunstaltet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

I. Nur die böswillige Handlung wird mit Strafe bedroht. Böswillig bezeichnet hier wie in den §§ 103 a. 135 einen animus hostilis. Es muß die That aus Haß oder Verachtung oder Feindschaft entsprungen sein. Ähnlich die meisten. Die bloß mutwillige Handlung kann sich als Sachbeschädigung darstellen.

II. Konkurrenzfälle vergl. § 103 a IV.

§ 135.

Wer ein öffentliches Zeichen der Autorität des Reichs oder eines Bundesfürsten oder ein Hoheitszeichen eines Bundesstaats böswillig wegnimmt, zerstört oder beschädigt oder beschimpfenden Unfug daran verübt, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Digitized by Google

S. die Bemerkungen zu § 103a und § 134. Aus der § 103a II gegebenen Begriffsbestimmung folgt, daß bloße Merkzeichen auch dann nicht hierher gehören, wenn sie unter staatlicher Autorität angebracht und mit staatlichem Wappen u. dgl. versehen sind. E 31, 143.

§ 136.

Wer unbefugt ein amtliches Siegel, welches von einer Behörde oder einem Beamten angelegt ist, um Sachen zu verschließen, zu bezeichnen oder in Beschlag zu nehmen, vorsätzlich erbricht, ablöst oder beschädigt oder den durch ein solches Siegel bewirkten amtlichen Verschluß aufhebt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

I. Die erste der hier pönalisierten Handlungen hat zum Objekt ein amtliches Siegel, welches von einer Behörde oder einem Beamten angelegt ist. Daß der Beamte oder die Behörde dabei innerhalb ihrer Zuständigkeit gehandelt haben müßten, fordert das Gesetz nicht ausdrücklich, wird aber von E 8, 35. 34, 398 aus seinem Zwecke abgeleitet (abstrakte [§ 113 III 1] und örtliche Zuständigkeit sei erforderlich). Olsh. 4 folgert das Gleiche aus dem Umstande, daß das Gesetz den Siegelbruch nur bei unbefugtem Handeln bestraft. Die Siegelung muß zu einem der im Gesetze angegebenen Zwecke erfolgt sein. Siegelung zum Zweck des Anheftens oder Beglaubigens genügt nicht. Ebenso Oppenh.-Del. 6. A. A. E 18, 388 bezüglich einer mit dem Dienstsiegel des Gerichtsvollziehers versehenen Pfändungsanzeige.

II. Die zweite pönalisierte Handlung hat zum Objekt den durch ein Siegel der oben bezeichneten Art bewirkten Verschluß. Sie unterscheidet sich von der ersten dadurch, daß das Siegel als solches unverletzt und auch an seiner Stelle bleiben kann, gleichwohl aber der durch das Siegel bewirkte Verschluß aufgehoben wird, z. B. vermittels Durchschneidens der Papierstreifen, durch welche das an der Thür selbst mit dem an dem Thürpfosten angebrachten Siegel verbunden wird, oder Zugänglichmachen des abgeschlossenen Raumes durch Öffnen eines Fensters. Immer aber ist zu verlangen, daß der Abschluß vor der That sicherer war als nachher. Wer sich darauf beschränkt, einen offen gelassenen Eingang, z. B. eine geheime Thür zu benutzen, fällt nicht unter das Gesetz. A. A. Olsh. 2, Oppenh.-Del. 5.

III. Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein, daß das Siegel amtlich zu einem der im Gesetze bezeichneten Zwecke angelegt ist, sowie das Bewußtsein der mangelnden Befugnis in dem Sinne, daß die irrige Annahme einer Befugnis den Vorsatz ausschließt. Weiter geht die herrschende Lehre, namentlich E 26, 308 mit der Forderung, daß der Thäter das Bewußtsein wirksamer Beschlagnahme und den Willen haben müsse, die Sache der Verstrickung zu entziehen.

IV. Wegen des Verhältnisses zu § 137 das. VI. S. auch § 133 V.

§ 137.

Wer Sachen, welche durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet oder in Beschlag genommen worden sind, vorsätzlich beiseiteschafft, zerstört oder in anderer Weise der Verstrickung ganz oder teilweise entzieht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

I. **Objekt des Arrestbruchs.** — Die Stelle behandelt den sog. Arrestbruch. Äußeres Objekt der Handlung ist eine Sache, gleichgiltig ob beweglich oder unbeweglich. An Forderungen kann das Delikt nicht begangen werden. So nach längerem Schwanken das RG, vereinigte Strafsenate, E 24, 40. Derselben Ansicht v. Liszt § 176, Berner 412,

Digitized by Google

Merkel 400, Olsh. 1. Abweichend Meyer 660, Rüd.-Stengl. 13, Oppenh.-Del. 4, Hälschner 2, 845.

II. **Die Sache muß durch die zuständigen Behörden oder Beamten gepfändet oder in Beschlag genommen worden sein.** Hierin liegt folgendes:

1. Eine lediglich privatim, wenn auch rechtmäßig, gepfändete Sache ist nicht Objekt des Arrestbruchs. Hier greift § 289 ein.
2. Die beschlagnahmenden oder pfändenden Behörden oder Beamten müssen abstrakt zuständig in dem zu § 113 III 1 erläuterten Sinne sein. Dagegen wird konkrete Zuständigkeit in dem das. 2 behandelten Sinne nicht verlangt. M. a. W.: ist der beschlagnahmende oder pfändende Beamte usw. im allgemeinen berufen, an dem fraglichen Orte Beschlagnahmen oder Pfändungen zu dem fraglichen Zwecke vorzunehmen, so ist die beschlagnahmte oder gepfändete Sache Objekt des Arrestbruchs ohne Rücksicht darauf, ob in concreto die Voraussetzungen vorliegen, unter welchen der Beamte beschlagnahmen oder pfänden durfte. Ebenso Olsh. 5, Lenz, Der strafrechtl. Schutz des Pfandrechts (1893) 207. Meist aber wird auch konkrete Zuständigkeit gefordert, z. B. Hälschner 2, 847. Oppenh.-Del. 15. Das RG schwankt. Im Prinzip steht es auf dem hier vertretenen Standpunkte, und legt deshalb kein Gewicht darauf, ob die dem Schuldner abgepfändeten Sachen in seinem Eigentume stehen, ob sie wegen Unentbehrlichkeit der Pfändung entzogen sind. E 9, 403. 10, 425. 19, 164; vergl. auch E 26, 287. Anderseits aber betont das RG, daß, wenn die Pfändung oder die Beschlagnahme unter keinen Umständen und von keinem Beamten vorgenommen werde dürfe, die vorliegende Stelle keine Anwendung finde, z. B. bei zivilprozessualer Pfändung ohne vollstreckbaren Titel. E 9, 403. 10, 425. 28, 379. Allerdings kann diesem Gesichtspunkte Bedeutung zukommen, aber nicht nach der Seite der Zuständigkeit hin, sondern insofern, als es sich fragt, ob das gesetzliche Erfordernis einer rechtsgiltigen Pfändung oder Beschlagnahme vorliegt.

   Die Frage, wie diese Maßregeln vollzogen werden, beurteilt sich bald nach Reichs-, bald nach Landesrecht. Nach der ZPO (§ 808) genügt die bloße Erklärung der Pfändung nicht, sondern ist die Besitzergreifung durch den Gerichtsvollzieher erforderlich. Vergl. damit die sehr bedenklichen Entscheidungen in R 7, 264. 572. Bleiben die Sachen im Gewahrsam des Schuldners, so hängt die Wirksamkeit der Pfändung davon ab, daß sie äußerlich kenntlich gemacht wird. Dies bezieht sich auch auf Früchte auf den Halm. R 5, 587. Durch nachträglichen Verfall der Pfandzeichen wird dagegen das Pfandrecht nicht berührt. R 10, 592. Die Zustellung einer Abschrift des Pfändungsprotokolls an den Schuldner (ZPO § 763) ist keine wesentliche Formvorschrift. R 10, 648. Die Pfändung dauert fort, bis die durch den Gerichtsvollzieher fortgenommene Sache dem Schuldner zurückgegeben oder von der in seinem Gewahrsam belassenen Sache durch den Gerichtsvollzieher oder Gläubiger die Pfandzeichen entfernt werden. Der Vollzug des Arrestes erfolgt durch Pfändung, unterliegt also den gleichen Regeln wie diese. ZPO § 930.

   Für die nach den Vorschriften der StPO erfolgenden Beschlagnahmen ist zu bemerken, daß sie nicht schon mit der Anordnung, sondern erst mit dem Vollzuge bewirkt sind. R 5, 244. Der ohne förmliche Beschlagnahme erlangte amtliche Gewahrsam (StPO 94 Abs. 1) wird durch § 133 geschützt.

   In der Eröffnung des Konkurses findet E 14, 286 eine Beschlagnahme des zur Konkursmasse gehörigen Vermögens. Einer Besitzergreifung soll es in diesem Falle nicht bedürfen. Dagegen versagt E 20, 244 einem vor der Konkurseröffnung ergangenen allgemeinen Veräußerungsverbot den Charakter einer Beschlagnahme.

   Über die wichtige Frage, inwiefern die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen andere Gegenstände ergreift, s. jetzt namentlich ZPO § 865.

III. Die **Handlung** kann bestehen:

Digitized by Google

1. darin, daß die Sache vorsätzlich beiseitegeschafft wird. Vergl. § 133 II. Auch in dem Mitnehmen einer gepfändeten, aber im Gewahrsam des Schuldners belassenen Sache in eine andere Wohnung kann Beiseiteschaffen liegen. E 18, 410. 19, 287;
2. darin, daß die Sache vorsätzlich zerstört wird. Bloßes Beschädigen genügt nicht. R 7, 572;
3. darin, daß die Sache in irgend welcher andern Weise der Verstrickung ganz oder teilweise entzogen, d. h. die Verfügungsgewalt der Behörde über die Sache dauernd oder nur zeitweise beseitigt wird. Das Mittel der Entziehung ist gleichgiltig; insbesondere gehört auch Täuschung hierher. E 15, 205.

Ist die Sache bereits auf die eine oder die andere Weise der Verstrickung entzogen worden, so kann sie nur dann wieder zu einem geeigneten Objekt des Delikts werden, wenn die Verfügungsgewalt der Behörde aufs neue begründet worden ist. Dazu bedarf es aber nicht immer, wie E 19, 287 annimmt, einer wiederholten Pfändung. Ebenso Olsh. 12.

IV. Zum **Vorsatze** gehört das Bewußtsein, daß die Sache von einer zuständigen Behörde oder einem zuständigen Beamten rechtswirksam beschlagnahmt oder gepfändet ist, und daß sie durch die Handlung des Thäters der thatsächlichen Verfügungsgewalt der Behörde entzogen wird. Der Vorsatz umfaßt somit die Zuständigkeit. Dagegen schließt die **Annahme**, daß die von dem örtlich und sachlich zuständigen Gerichtsvollzieher formgerecht vollzogene Pfändung rechtlich unzulässig sei, den Dolus nicht aus. E 1, 272. 19, 287 (hiermit ist nicht vereinbar E 10, 425; vergl. Frank, Ztschr. 12, 298). Weiß dagegen der Thäter nicht, daß die Pfändung der Hauptsache auch deren Zubehörstücke ergreift, so ist bei Entziehung der letzteren aus der Verstrickung Vorsatz nicht vorhanden.

V. **Thäter** des Delikts kann jeder sein, namentlich auch ein dritter, gegen den sich die Pfändung oder Beschlagnahme nicht richtete, oder ein dritter Gerichtsvollzieher. E 8, 256. Die Ansicht des RG's, nach welcher auch der Gläubiger Thäter sein kann, ist zum mindesten dann bedenklich, wenn die gepfändete Sache im Gewahrsam des Schuldners geblieben ist. R 1, 705. Wegen mittelbarer Thäterschaft s. E 31, 80.

VI. **Idealkonkurrenz** ist namentlich möglich mit Betrug. S. o. III 3 a. E. Desgl. mit §§ 133. 136. R. 6, 126. A. A. bezgl. § 136 Olsh. 17, zufolge seiner § 136 II a. E. mitgeteilten Ansicht. E 28, 379 führt aus, daß wenn die Pfändung oder Beschlagnahme ungiltig (wegen mangelnder Zuständigkeit unstatthaft) war, § 133 nicht subsidiär angewendet werden könne. Wegen des Verhältnisses zu § 288 s. das.

§ 138.

Wer als Zeuge, Geschworener oder Schöffe berufen, eine unwahre Thatsache als Entschuldigung vorschützt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Monaten bestraft.

Dasselbe gilt von einem Sachverständigen, welcher zum Erscheinen gesetzlich verpflichtet ist.

Die auf das Nichterscheinen gesetzten Ordnungsstrafen werden durch vorstehende Strafbestimmung nicht ausgeschlossen.

I. Findet keine Anwendung auf das verweigerte Erscheinen, auch nicht auf die verweigerte Aussage usw. So bes. Olsh. 1. A. A. Rüd.-Stengl. 3, Oppenh.-Del. 5. Ob die Entschuldigung vor oder nach dem Ausbleiben erfolgt (um eine Zurücknahme der Ordnungsstrafe zu erwirken), ist dagegen gleichgiltig. E 18, 442. 29, 315.

II. Über Idealkonkurrenz mit Betrug s. E 18, 442 (verneinend).

Digitized by Google

§ 139.

Wer von dem Vorhaben eines Hochverrats, Landesverrats, Münzverbrechens, Mordes, Raubes, Menschenraubes oder eines gemeingefährlichen Verbrechens zu einer Zeit, in welcher die Verhütung des Verbrechens möglich ist, glaubhafte Kenntnis erhält und es unterläßt, hiervon der Behörde oder der durch das Verbrechen bedrohten Person zur rechten Zeit Anzeige zu machen, ist, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen worden ist, mit Gefängnis zu bestrafen.

I. **Welche Delikte müssen angezeigt werden?** — Eine Verpflichtung, begangene Delikte anzuzeigen, besteht für Privatpersonen niemals, wohl aber legt ihnen das Gesetz eine Pflicht zur Anzeige gewisser geplanter Delikte auf (s. außer der vorliegenden Stelle noch MStGB §§ 60. 61. 77. 104. 105, Sprengstoffges. § 13 und Ges. betr. den Verrat militärischer Geheimnisse § 9). Was den Hochverrat betrifft, so gehören hierher nur die Delikte aus §§ 80—82, nicht die aus §§ 83—86; denn die in den letzteren Paragraphen bezeichneten Handlungen werden schon durch den Wortlaut der Gesetze von dem Hochverrate scharf geschieden. A. A. Rüd.-Stengl. 1, Oppenh.-Del. 5. Für den Begriff der Münzverbrechen (nicht -Vergehen) ist der 8., für den der gemeingefährlichen Verbrechen (nicht Vergehen) der 27. Abschn. maßgebend.

II. **Voraussetzungen der Anzeigepflicht.** — Die Anzeigepflicht entsteht, sobald von dem Vorhaben eines der erwähnten Delikte (nicht von der Anstiftung dazu; abweichend Heß, Die Anzeigepflicht im Strafrecht [1893] 21) glaubhafte Kenntnis (s. u. VII 1) erlangt wird, vorausgesetzt, daß zu dieser Zeit die Verhütung des Verbrechens noch möglich ist. Hieraus ergiebt sich als Zweck der Anzeigepflicht die Verhinderung des Verbrechens, und hieraus folgt wiederum, daß sich ein Verbrechen so lange im Stadium des „Vorhabens" befindet, als seine Verhinderung wenigstens denkbar ist. Ob das Stadium der Strafbarkeit bereits erreicht ist oder nicht, ist unerheblich. Daher besteht die Anzeigepflicht auch dann, wenn zur Zeit der Kenntnisnahme schon eine ausnahmsweise strafbare Vorbereitungshandlung oder ein strafbarer Versuch mit ausstehendem Erfolge begangen ist, bei fortdauernden Delikten sogar dann, wenn zur Zeit der Kenntnisnahme das Delikt vollendet ist. Zu den fortdauernden Delikten rechnet E 14, 214 auch die gemeingefährlichen Verbrechen bis zur Beseitigung der Gefahr. Prinzipiell abweichend Heß a. a. O. 15 ff.

III. **Adresse der Anzeige.** — Die Anzeige kann gerichtet werden:

1. an die Behörde. Welche Behörde gemeint ist, sagt das Gesetz nicht, aus dem Zwecke des Gesetzes muß aber mit der herrschenden Lehre gefolgert werden, daß die Polizeibehörde gemeint ist;
2. an die durch das Verbrechen bedrohte Person. Richtet sich das Delikt gegen eine bestimmte Person (z. B. Münzverbrechen), so kann die Anzeige nur bei der Behörde angebracht werden. Dasselbe muß für den Fall gelten, daß die bedrohte Person nicht im stande ist, die Anzeige zu verstehen, oder sich gegen das Verbrechen zu sichern. Ähnlich die herrschende Lehre, deren Vertreter aber zuweilen ein zu großes Gewicht auf die Handlungsfähigkeit des Bedrohten legen (z. B. Oppenh.-Del. 7).

IV. **Zeitpunkt der Anzeige.** — Die Anzeige muß zur rechten Zeit erstattet werden, d. h. zu einer Zeit, da die Verhinderung des Verbrechens noch möglich ist. Ist die Verhinderung nur bei Anzeige an die Behörde oder umgekehrt nur bei Anzeige an den Bedrohten möglich, so kann auch die Anzeige nur bei einer dieser Stellen angebracht werden.

V. Über den **Inhalt der zu erstattenden Anzeige** sagt das Gesetz nichts näheres. Es verlangt nur, daß „hiervon", d. h. von der erlangten Kenntnisnahme, Anzeige er-

Digitized by Google

stattet werde. Selbstverständlich aber ist, daß soviel angezeigt werden muß, als erforderlich ist, um die nötigen Anhaltspunkte für die Verhinderung des Verbrechens zu bieten. Derjenige, welcher das Verbrechen plant, muß hiernach bald genannt werden, bald ist eine Nennung nicht erforderlich.

VI. Subjektive **Ausnahmen von der Anzeigepflicht** ergeben sich teils aus der Gesetzesstelle selbst, teils aus anderen Gesichtspunkten.

1. Nicht anzeigepflichtig ist die durch das Verbrechen bedrohte Person, weil sie der Anzeigepflicht schon durch „Anzeige" an sich selbst genügen würde.
2. Nicht anzeigepflichtig sind die an dem Verbrechen als Thäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligten Personen. Ebenso E 3, 1 und die herrschende Lehre, die mit Binding 1, 359 den Grund darin findet, daß die Anzeige gebietende Norm der die That verbietenden subsidiär sei. Für dieses Verhältnis spricht die Erwägung, daß andernfalls z. B. jeder Gehilfe eines Mörders doppelt bestraft werden müßte. Die Frage, ob jemand als Teilnehmer an dem Verbrechen in Betracht kommt, ist zur Zeit, da die Anzeigepflicht entsteht, noch unbestimmt. Deshalb wird man zu der Folgerung berechtigt sein, daß auch solche Personen nicht wegen unterlassener Anzeige bestraft werden können, die teilzunehmen nur beabsichtigt haben, daß also das Verbrechen für den Anzeigepflichtigen ein völlig fremdes sein muß. So im Ergebnis auch E 3, 1. A. A. bes. Hälschner 2, 856, Olsh. 6. — Unbestritten ist, daß der Begünstiger und Hehler nach § 139 zu beurteilen sind. Auch darin ist der herrschenden Lehre beizutreten, daß Befreiung von der Zeugenpflicht (StPO §§ 51. 52) keineswegs eine Befreiung von der Anzeigepflicht in sich schließt. E 2, 57; dagegen Oppenh.-Del. 10.

VII. **Verschulden.** — Mit Recht nehmen die meisten an, daß auch eine fahrlässige Verletzung der Anzeigepflicht strafbar sei. Denn es handelt sich hier um ein Polizeidelikt. Vergl. die Vorbem. z. 29. Abschn. A. A. Binding, Normen 2, 500, v. Liszt § 184. Genügt aber Fahrlässigkeit, so ergiebt sich folgendes:

1. Die Unterlassung der Anzeige ist auch dann strafbar, wenn der von dem Plane des Verbrechens Kenntnisnehmende die Kunde fahrlässigerweise für nicht glaubhaft hielt, obwohl sie es war. Ebenso Meyer 663. A. A. die herrschende Lehre, auch RG., Arch. 42, 394.
2. Die Unterlassung der Anzeige ist auch dann strafbar, wenn der Kenntnisnehmende fahrlässigerweise die Verhinderung des Verbrechens nicht mehr für möglich hielt, obwohl sie es war. Nach Olsh. 4 soll es in dieser Beziehung auf die subjektive Auffassung gar nicht ankommen.

VIII. **Wirkliche Begehung oder strafbarer Versuch des geplanten Verbrechens** ist Bedingung der Strafbarkeit. Vergl. S. 84. Diese Bedingung wird auch bei freiwilligem Rücktritt vom Versuche erfüllt. Ebenso Olsh. 11, a. A. Oppenh.-Del. 11. Eine offenbare Lücke des Gesetzes liegt darin, daß es keinen Strafausschließungsgrund statuiert, wenn bei begangenem Versuch der Nichtanzeigende den Eintritt des Erfolges verhindert. Hier muß aber die Analogie platzgreifen.

IX. Das Verhältnis der vorliegenden Stelle zur negativen Beihilfe (§ 49 I 2) kann nicht so aufgefaßt werden, als enthalte sie dieser gegenüber eine Spezialvorschrift. Denn das würde gerade für die schwersten Verbrechen eine ganz unverständliche Strafmilderung bedeuten. Vielmehr findet § 139 gerade und nur auf die Fälle Anwendung, die nicht als negative Beihilfe aufzufassen sind. A. A. Rümelin, Arch. f. d. zivil. Praxis 90, 322.

§ 140.

Wegen Verletzung der Wehrpflicht wird bestraft:

1. ein Wehrpflichtiger, welcher in der Absicht, sich dem Eintritte in den Dienst des stehenden Heeres oder der Flotte zu entziehen, ohne Er-

Digitized by Google

laubnis entweder das Bundesgebiet verläßt oder nach erreichtem militärpflichtigen Alter sich außerhalb des Bundesgebietes aufhält: mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängnis von Einem Monat bis zu Einem Jahre;

2. ein Offizier oder im Offizierrange stehender Arzt des Beurlaubtenstandes, welcher ohne Erlaubnis auswandert: mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten;
3. ein jeder Wehrpflichtige, welcher nach öffentlicher Bekanntmachung einer vom Kaiser für die Zeit eines Krieges oder einer Kriegsgefahr erlassenen besonderen Anordnung in Widerspruch mit derselben auswandert: mit Gefängnis bis zu zwei Jahren, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

Der Versuch ist strafbar.

Das Vermögen des Angeschuldigten kann, insoweit als es nach dem Ermessen des Richters zur Deckung der den Angeschuldigten möglicherweise treffenden höchsten Geldstrafe und der Kosten des Verfahrens erforderlich ist, mit Beschlag belegt werden.

I. **Die Militärgesetzgebung des Reichs unterscheidet zwischen wehrpflichtigem und militärpflichtigem Alter.** Das wehrpflichtige umfaßt die Periode, innerhalb deren nach näherer Bestimmung der Gesetze eine Verpflichtung zum Kriegdienste obwaltet (vom vollendeten 17. bis zum vollendeten 45. Lebensjahre); das militärpflichtige umfaßt die Periode, innerhalb deren eine Person der Aushebung zum stehenden Heere unterworfen ist (vom 1./1 desjenigen Kalenderjahres, in dem das 20. Lebensjahr vollendet wird, bis zum Ende der Wehrpflicht. S. Gesetze v. 9./11 1867 § 3, 2./5 1874 § 10, 11./2 1888 § 24). Wehrpflichtig ist jeder Deutsche (Reichsverfassung Art. 57), ausnahmsweise auch ein früherer Deutscher, sofern er keine fremde Staatsangehörigkeit besitzt und seinen dauernden Aufenthalt in Deutschland nimmt. Das Gleiche gilt für seine Söhne, wiederum unter der Voraussetzung, daß sie keine fremde Staatsangehörigkeit erworben haben. Ges. v. 2./5 1874 § 11. Vergl. dazu E 18, 384. 34, 408. Letzteres Urteil führt aus, daß nach dem Rechte der nordamerikanischen Union die ehelichen Kinder eines nordamerikanischen Bürgers ohne Rücksicht auf den Ort ihrer Geburt und auf den Ursprung des väterlichen Bürgerrechts stets Bürger der Vereinigten Staaten sind. Befreit von der Wehrpflicht sind: die Mitglieder regierender Häuser und die Mitglieder der mediatisierten, ehemals reichsständigen und derjenigen Häuser, welchen die Befreiung von der Wehrpflicht durch Verträge zugesichert ist oder auf Grund besonderer Rechtstitel zusteht (Ges. v. 9/.11 1867 § 1).

II. **Staatsangehörigkeit.** — Da, abgesehen von der erwähnten Ausnahme, nur Deutsche wehr- und militärpflichtig sind, so ist zu beachten, daß nach § 21 des Ges. v. 1./6 1870 durch zehnjährigen ununterbrochenen Aufenthalt im Auslande, eventuell zehn Jahre nach Ablauf der Giltigkeit des etwa gelösten Reisepapiers, die Reichsangehörigkeit verloren geht. Wegen der Ehefrau und der Kinder des Auswanderers s. jetzt Abs. 2 der angeführten Stelle in der durch EG z. BGB Art. 41 gegebenen Fassung. Die Beweislast dafür, daß eine Unterbrechung des Aufenthalts im Auslande stattgefunden habe oder durch Eintragung in die Konsularmatrikel die deutsche Staatsangehörigkeit erhalten worden sei, wird man der Staatsanwaltschaft aufbürden müssen. Ebenso Benn.-Bel. 380.

Digitized by Google

A. A. wohl R 9, 628. Der Erwerb einer fremden Staatsangehörigkeit bewirkt an sich nicht den Verlust der deutschen. Nach den sog. Bancroftverträgen sollen aber Deutsche, welche naturalisierte Staatsangehörige der Vereinigten Staaten von Nordamerika geworden sind und fünf Jahre lang ununterbrochen in den Vereinigten Staaten zugebracht haben, in Deutschland als amerikanische Angehörige erachtet und als solche behandelt werden. Schon hieraus folgt, daß diese Personen trotz deutscher Reichsangehörigkeit nicht wehr- oder militärpflichtig sind. Dazu kommt, daß nach einer weiteren Bestimmung des Vertrags die Bestrafung nur der vor der Auswanderung, also nicht der durch sie begangenen Delikte gestattet wird. E 28, 127. 29, 391. Die erste dieser Entscheidungen führt mit Recht aus, daß Straflosigkeit auch dann platzgreift, wenn der Thäter in der Union naturalisiert worden ist, sich auch fünf Jahre dort ununterbrochen aufgehalten hat, die Hinterziehung der Wehrpflicht aber schon vor erfolgter Naturalisation vollendet war. Ebenso legt die zweite dar, daß sich die Straflosigkeit nicht nur auf das Auswandern, sondern auch auf den Aufenthalt usw. erstreckt. Läßt sich aber der naturalisierte Amerikaner wieder in Deutschland nieder, ohne die Absicht nach Amerika zurückzukehren, so soll er als auf seine Naturalisation verzichtend angesehen werden. Der Mangel dieser Absicht kann angenommen werden, wenn sich der Naturalisierte länger als zwei Jahre im Gebiete seines Heimatslandes „aufhält". E 29, 391 versteht das so, als gelte die Fristbestimmung bei Begründung einer Niederlassung (eines Wohnsitzes) in Deutschland nicht. Diese Auslegung ist indessen sehr bedenklich und entspricht kaum dem englischen Text. (Der vorbildliche Bancroftvertrag ist am 22./2 1868 zwischen dem Norddeutschen Bund und den Vereinigten Staaten, die späteren sind zwischen den letzteren und den süddeutschen Staaten abgeschlossen worden. Vergl. Art. 1, 2 u. 4 der Verträge).

III. **Auswandern** bedeutet: das Reichsgebiet zu dauerndem Aufenthalte im Auslande verlassen. E 29, 391. Das Verlassen vollzieht sich durch einen einmaligen Akt, da ihn aber Nr. 1 dem strafbaren Aufenthalt im Auslande gleichstellt und dieser zweifellos als Dauerdelikt erscheint, so wird man dasselbe für alle Fälle des Auswanderns annehmen dürfen. So die herrschende Lehre. E 3, 437. 29, 391. A. A. für Nr. 2 und 3 Oppenh.-Del. 21.

IV. Absicht in Nr. 1 darf nicht, wie es viele, z. B. Meyer 667, Binding, Normen 2, 597 thun, mit Vorsatz identifiziert werden, bezeichnet vielmehr den erstrebten Erfolg. Ebenso der Sache nach E 11, 380. 33, 399. v. Liszt § 185, Olsh. 2, Rüb.-Stengl 2. Allerdings wird gemäß StPO §§ 172. 175 das Vorhandensein der Absicht vermutet.

V. Ein **Versuch** liegt in dem Verlassen des Aufenthaltsorts zu dem Zwecke einer Reise, die ohne wesentliche Unterbrechung in das Ausland führen soll. E 3, 136.

VI. Die Bestimmung des letzten Absatzes ist lediglich prozessualer Natur. S. § 93 und StPO § 480.

§ 141.

Wer einen Deutschen zum Militärdienste einer ausländischen Macht anwirbt oder den Werbern der letzteren zuführt, ingleichen wer einen Deutschen Soldaten vorsätzlich zum Desertieren verleitet oder die Desertion desselben vorsätzlich befördert, wird mit Gefängnis von drei Monaten bis zu drei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. Das **Anwerben** setzt zwar nicht, wie manche, z. B. Olsh. 2, annehmen, ein geschäftsmäßiges Thun voraus, man wird aber verlangen müssen, daß der Thäter eine offiziell, wenn auch nur indirekt bestellte Mittelsperson der auswärtigen Regierung sei. Zur Vollendung gehört das wirkliche Gewinnen für den fremden Militärdienst. Idealkonkurrenz mit §§ 84. 90 Nr. 3 möglich.

Digitized by Google

II. Das **„den fremden Werbern Zuführen"**, an sich nur Beihilfe, wird zum del. s. g. erhoben. Es bedeutet: die Ermöglichung des Einwirkens von seiten der Werber. In diesem Momente liegt die Vollendung des Delikts. Idealkonkurrenz mit § 234 möglich.

III. **Desertion** ist nach MStGB § 69 die unerlaubte Entfernung von der Truppe oder der Dienststellung in der Absicht, sich der gesetzlichen oder übernommenen Verpflichtung zum Dienste dauernd zu entziehen. Über den Begriff der unerlaubten Entfernung s. MStGB §§ 64. 65. 68. Auch die unbefugte Urlaubsüberschreitung ist unerlaubte Entfernung und kann daher zur Desertion werden. Als fortdauerndes Delikt kann die Desertion nicht angesehen werden. Ebenso E 6, 7; a. A. Hecker, Mitiärstrafrecht 135 und Olsh. 3. — Verleitung zur Desertion oder vorsätzliche Beförderung derselben würden schon ohne die ausdrückliche Bestimmung des § 141 als Anstiftung bezw. Beihilfe zum militärischen Delikte der Fahnenflucht (MStGB §§ 69ff.) strafbar sein. Dadurch, daß § 141 diese Handlungen zu del. s. g. erhebt, wird zweifellos jede Idealkonkurrenz sowie die Anwendung der im MStGB vorgesehenen Strafverschärfungsgründe ausgeschlossen. Ist die Desertion thatsächlich nicht erfolgt, so liegt Versuch vor. E 5, 125. — Die Beförderung speziell kann auch intellektuell begangen werden. So dann, wenn dem Soldaten Ratschläge für die Zeit nach der vollendeten Desertion erteilt werden. E 8, 280. — Über die zum Vorsatze gehörige Kenntnis der Soldateneigenschaft s. § 112 I. — Vergl. noch § 257.

§ 142.

Wer sich vorsätzlich durch Selbstverstümmelung oder auf andere Weise zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht oder durch einen Anderen untauglich machen läßt, wird mit Gefängnis nicht unter Einem Jahre bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher einen Anderen auf dessen Verlangen zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich macht.

I. Zur Erfüllung der Wehrpflicht untauglich machen kann man sich nur durch Zufügung einer Verletzung. Es liegt daher ein Fall vor, in dem ausnahmsweise die Selbstverletzung strafbar ist (durch Begehung eines Verbrechens kann man sich zwar möglicherweise unfähig, aber nicht untauglich machen. Vergl. § 31). Nach E 8, 214 fordert der Thatbestand nicht Eintritt der absoluten Dienstunfähigkeit, sondern es fällt auch eine Minderung der Dienstunfähigkeit derart, daß etwa eine Versetzung unter die Ersatzreservisten nötig wird, unter das Gesetz. Dies ist im Hinblick auf den Wortlaut des § 143 bedenklich. Mit Recht aber folgert (neben anderen Grüuden) E 33, 280 aus diesem Wortlaute, daß Untauglichmachung nur zu einer einzelnen Dienstleistung nicht genüge. War der Thäter schon vorher dienstuntauglich, so liegt höchstens strafloser Versuch vor.

II. Thäter kann sein:

1. der Wehrpflichtige selbst. Seine Handlung besteht entweder in Selbstverletzung oder im Dulden einer Verletzung. Im letzteren Falle ist es gleichgiltig, ob der dritte schuldhaft handelt oder nicht. Ebensowenig kommt es darauf an, ob er auf Veranlassung des Wehrpflichtigen thätig wurde;
2. ein dritter, aber nur dann, wenn er auf Verlangen des Wehrpflichtigen handelt. Fehlt es hieran, so stellt sich die Handlung des dritten als Körperverletzung dar.

III. In jedem Falle erfordert das Delikt Vorsatz, aber nicht Absicht. Der Vorsatz fehlt zwar bei Selbstmordversuch, nicht aber, wenn jemand sich einen Finger abhackt, um erfolgreicher betteln zu können, sofern er nur das Bewußtsein hat, sich durch seine Handlung dienstuntauglich zu machen. A. A. Koppmann, Das MStGB 3 zu § 81 das.

IV. Vergl. MStGB § 81, welche Stelle nach RMG § 60 Nr. 2 auch auf die RMG § 56 Nr. 2—4 genannten Personen des Beurlaubtenstandes Anwendung findet.

Digitized by Google

§ 143.

Wer in der Absicht, sich der Erfüllung der Wehrpflicht ganz oder teilweise zu entziehen, auf Täuschung berechnete Mittel anwendet, wird mit Gefängnis bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafvorschrift findet auf den Teilnehmer Anwendung.

I. Der Thatbestand fordert nur die Anwendung auf Täuschung berechneter Mittel, also nicht die Täuschung selbst. Immerhin aber muß das Mittel angewendet, d. h. gegenüber der maßgebenden Stelle, sei es direkt, sei es indirekt vorgebracht worden sein. E 9, 88. Bloßer Versuch der Anwendung genügt nicht. — Die Natur des angewendeten Mittels ist unerheblich. Es kann z. B. in der Vorlegung objektiv falscher Atteste, oder in der Beeinflussung von Auskunftspersonen oder in einer Einwirkung auf den Körper bestehen, durch welche das Urteil über die Leistungsfähigkeit beeinträchtigt wird. R 6, 682 rechnet auch den Fall hierher, daß der Gestellungspflichtige sein Sehvermögen durch längeren Gebrauch einer zu scharfen Brille beeinträchtigt hatte. Es ist nicht erforderlich, daß das Urteil der maßgebenden Person gerade über die körperliche Tauglichkeit, sondern es genügt, wenn es in einer sonst erheblichen Beziehung, z. B. über häusliche Verhältnisse, beeinflußt werden soll. E 9, 88.

Mit Rücksicht auf die komplizierte Ausdrucksweise des Gesetzes wird man bloßes Lügen nicht hierher rechnen dürfen. E 9, 88. 29, 218. Abweichend Meyer 668, Olsh. 2. Die letzte der angeführten Entscheidungen erklärt das Vorspiegeln von Symptomen hochgradiger Kurzsichtigkeit für ausreichend.

II. Da die Absicht (vergl. § 140 IV), sich der Wehrpflicht teilweise zu entziehen, ausreicht, so macht sich auch strafbar, wer sich nur einer einzelnen Übung entziehen will. Unerheblich ist, ob der Thäter schon ohnehin ganz oder teilweise untauglich ist.

III. Der zweite Absatz enthält eine Ausnahme von § 49. — Vergl. mit dieser Stelle MStGB § 83.

§ 144.

Wer es sich zum Geschäfte macht, Deutsche unter Vorspiegelung falscher Thatsachen oder wissentlich mit unbegründeten Angaben oder durch andere auf Täuschung berechnete Mittel zur Auswanderung zu verleiten, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

Über den Begriff der Geschäftsmäßigkeit s. § 74 V 5a. Die Geschäftsmäßigkeit muß sich nicht nur auf das Verleiten zur Auswanderung, sondern auch auf die Verspiegelung falscher Thatsachen (vergl. § 263) usw. beziehen, so daß ein gewerbsmäßiger Auswanderungsagent, der sich nur im Einzelfalle täuschender Vorspiegelungen usw. bedient, nicht unter das Gesetz fällt. So bes. Olsh. 3. Darauf, ob die Verleitung Erfolg hatte, kommt es nicht an. Ein schon zur Auswanderung Entschlossener kann nicht mehr verleitet werden. — Vergl. zu dieser Stelle Ges. v. 9./6 1897 §§ 43 ff.

§ 145.

Wer die vom Kaiser

zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See,

über das Verhalten der Schiffer nach einem Zusammenstoße von Schiffen auf See, oder

Digitized by Google

in betreff der Not- und Lotsensignale für Schiffe auf See und auf den Küstengewässern

erlassenen Verordnungen übertritt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Vergl. Verordnungen v. 14./8 u. 15./8 1876, 9./5 u. 10./5 1897, 16./10 1900. Soweit sich aus den Verordnungen nicht etwas anderes ergiebt, genügt als Verschulden Fahrlässigkeit. S. Vorbem. z. 29. Abschn. Ist die Zuwiderhandlung im Auslande begangen worden, so gelten die allgemeinen Regeln. Ebenso u. a. Olsh. 4, a. A. Binding 1, 434.

§ 145 a.

Wer im Inlande Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, ohne die erforderliche staatliche Genehmigung ausstellt und in den Verkehr bringt, wird mit einer Geldstrafe bestraft, die dem fünften Teile des Nennwerts der ausgegebenen Schuldverschreibungen gleichkommen kann, mindestens aber dreihundert Mark beträgt.

I. Die Stelle ist durch EG z. BGB Art. 34 IV eingeschaltet worden mit Rücksicht darauf, daß nach BGB § 795 im Inland ausgestellte Schuldverschreibungen auf den Inhaber, in denen die Zahlung einer bestimmten Geldsumme versprochen wird, nur mit staatlicher Genehmigung in den Verkehr gebracht werden dürfen. Dashalb fordert auch § 145 a auf eine bestimmte Geldsumme lautende Schuldverschreibungen, so daß z. B. Dividendenscheine nicht hierher gehören. Im übrigen wird eine verzinsliche Schuldverschreibung vorausgesetzt; unverzinsliche fallen unter die strengere Strafbestimmung des Bankgesetz. § 55 (Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali). Olsh. 6. Die Blankoindossierung eines Ordrepapiers und die darauf erfolgende Begebung ist nicht rechtswidrig und daher auch nicht strafbar.

II. BGB § 795 fordert die staatliche Genehmigung für das Inverkehrbringen der Schuldverschreibungen. In Verkehr bringt die Schuldverschreibung, wer sie veräußert. E 33, 329. Strafbar aber ist das Inverkehrbringen für sich allein nicht, sondern nur in Verbindung mit dem Ausstellen. Wer also eine von einem andern ausgestellte Schuldverschreibung ohne dessen Wissen in den Verkehr bringt, kann nicht bestraft werden. Bei einverständlichem Zusammenwirken liegt dagegen Mitthäterschaft vor. Vergl. das zit. Urteil.

III. Im Inlande ausgestellt ist die Schuldverschreibung nur dann, wenn der in ihr angegebene Ausstellungsort innerhalb des Deutschen Reiches liegt. Auf den Wohnort des Schuldners kommt es nicht an. Endemann 1 § 196. Zur Ergänzung dienen Bankgesetz. §§ 55. 57. Liegt aber der Ausstellungsort innerhalb des Gebiets des Deutschen Reichs, so ist die unbefugte Inverkehrbringung auch dann strafbar, wenn sie im Auslande erfolgt. Vergl. § 3 IV a. E.

IV. Wegen des polizeilichen Charakters des Delikts genügt als Verschulden Fahrlässigkeit. Denkbar ist diese bezüglich des Vorhandenseins der staatlichen Genehmigung. So Olsh. 5.

Digitized by Google

Achter Abschnitt.

Münzverbrechen und Münzvergehen.

I. Der **Begriff des Geldes** im strafrechtlichen Sinne läßt sich bestimmen als der von einer anerkannten Autorität ersichtlich beglaubigte Wertmesser. Als solche Autorität erscheinen in Europa die Staaten, anderwärts zuweilen auch Gesellschaften. Die Beglaubigung als Wertmesser muß „ersichtlich" sein, d. h. der betreffende Gegenstand muß sie an sich tragen, wenn auch in verwischter Form. Elfenbein, Muscheln usw. sind nicht Geld im Sinne des europäischen Rechts. Zwangskurs und Uneinlösbarkeit sind nationalökonomische, aber nicht juristische Erfordernisse. Vergl. noch einerseits § 149 und anderseits §§ 275. 276. Eingehender über den Begriff Gerland, Die Geldfälschungsdelikte (1901) 50 ff. mit zahlreichen Literaturangaben (auch in GS 59, 81 ff. 241 ff.).

Der Umstand, daß Geld thatsächlich keinen Kurs hat, steht seiner Eigenschaft als Geld solange nicht entgegen, als es noch irgendwo autoritativ als Wertmesser anerkannt ist. Dagegen ist verrufenes oder außer Kurs gesetztes Geld, d. h. Geld, das Wertmesser war, als solcher aber von der s. Z. beglaubigenden Stelle nicht mehr anerkannt wird, in der That kein Geld. S. Olsh. 2 zu § 146, Meyer 720.

II. Bei den Münzdelikten kommt es auf den Wert des unechten Geldes nicht an. Ein Münzdelikt kann daher auch bei Gleichwertigkeit des unechten mit dem echten Gelde vorliegen. Ausnahmen stecken jedoch in den §§ 146. 150.

III. Über die Frage, ob Idealkonkurrenz der Münzdelikte mit Betrug und Urkundenfälschung möglich ist, s. §§ 263. 267.

IV. Wegen des bei Münzverbrechen geltenden Weltrechtsprinzips s. § 4 Nr. 1.

V. Über Münzdelikte außerhalb dieses Abschnittes s. § 360 Nr. 4 u. 5 u. Ges. v. 26./5 1885.

§ 146.

Wer inländisches oder ausländisches Metallgeld oder Papiergeld nachmacht, um das nachgemachte Geld als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu bringen, oder wer in gleicher Absicht echtem Gelde durch Veränderung an demselben den Schein eines höheren Werts oder verrufenem Gelde durch Veränderung an demselben das Ansehen eines noch geltenden giebt, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft; auch ist Polizeiaufsicht zulässig.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein.

I. Die Stelle behandelt zwei verschiedene Delikte, die Falschmünzerei und die Münzfälschung.

1. Die **Falschmünzerei** besteht in dem Nachmachen von Geld. Nachmachen bedeutet: etwas nach einem Vorbilde so herstellen, daß es den Anschein des vorbildlichen Gegenstandes erlangt. Ob dieser letztere bei der Herstellung selbst zur Hand war, oder ob die Nachbildung lediglich nach der Erinnerung erfolgt, ist gleichgiltig. Fehlt es aber an einem Vorbilde, so kann von einem Nachmachen keine Rede sein. Daher ist es keine Falschmünzerei (wohl aber vielleicht Betrug oder Urkundenfälschung), wenn etwa in japanischem Gepräge eine Münze hergestellt wird, die es in Japan nicht giebt, oder wenn nach der Art deutscher Münzen Vierzigmarkstücke angefertigt werden. Ebenso Oppenh.-Del. 3, Gerland a. a. O. (Vorbem. I) 64. A. A. die herrschende Lehre, z. B. Olsh. 3, v. Liszt § 159. Binding, Grundriß 3, 271. Das nachgemachte Geld muß dem echten in dem Maße ähnlich sehen, daß die Unterschiede nur bei Anwendung eines

Digitized by Google

höheren Grades von Aufmerksamkeit, als bei dem Geldverkehre angewendet zu werden pflegt, zu erkennen sind. Vergl. E 6, 142 und Gerland 68, nach welchem die Ähnlichkeit durch die Zirkulationsmöglichkeit bestimmt wird. Binding, Grundriß 3, 271. 272 sieht von dem Grade der Ähnlichkeit völlig ab und verlangt nur vollständige Nachahmung des Prägezeichens.

2. Die **Münzfälschung** kann erfolgen:
   a) dadurch, daß echtem Gelde durch Veränderung an demselben der Schein eines höheren Wertes verliehen wird. Wie die Veränderung erfolgt, ob durch Einwirkung auf den Stempel oder durch Polieren oder Versilbern, ist gleichgiltig;
   b) dadurch, daß verrufenem Gelde durch Veränderung an demselben das Ansehen eines noch geltenden gegeben wird. S. Vorbem. I z. 8. Abschn. Wer ausländischen Prämienpapieren den Anschein giebt, als seien sie im Inlande zugelassen, giebt nicht verrufenem Gelde den Anschein von noch geltendem. (Vergl. Ges. v. 8./6 1871) E 23, 50.

II. Zum **Dolus** gehört die Absicht, das Geld als echtes zu gebrauchen oder sonst in Verkehr zu bringen. Wie sich aus den Worten „oder sonst" ergiebt, faßt das Gesetz die Absicht, das Geld zu gebrauchen, nur als eine Unterart des „Inverkehrbringens" auf. Die Absicht, mit dem Gelde einen Gebrauch zu machen, durch den es nicht in Verkehr gebracht wird, genügt daher nicht. Z. B. A fertigt falsches Geld an, um durch Vorzeigen desselben seine Kreditwürdigkeit zu beweisen. Ebenso Olsh. 5, v. Liszt § 159, Hälschner, 2, 576, Meyer 721, Gerland a. a. O. 75ff. A. A. Rüd.-Stengl. 4, E 14, 161. In Verkehr bringen bedeutet aber: das Geld — sei es direkt, sei es durch Vermittelung von Zwischenpersonen — so an einen andern bringen, daß dieser es wie echtes Geld, d. h. in der Absicht es eventuell weiterzugeben, annimmt. Die Unterstellung, der andere werde nachträglich die Fälschung erkennen und das Geld daher nicht weitergeben, steht der Absicht des Inverkehrbringens nicht entgegen. Dagegen fehlt es an dieser Absicht, wenn der Fälscher das Geld nachmacht oder verfälscht, um es bei einem Münzensammler anzubringen. Denn dieser empfängt es nicht als Geld, selbst dann nicht, wenn er weiteren Verkauf beabsichtigt. Ebenso Oppenh.-Del. 9, a. A. Olsh. 6, Gerland a. a. O. 79. 80, der sogar (82) annimmt, es genüge die Absicht, das Geld als Geldbrosche oder ähnlichen Geldschmuck in Verkehr zu bringen. Ebensowenig liegt die Absicht des Inverkehrbringens vor, wenn das Geld zur Bestellung einer in specie zurückzugebenden Kaution verwendet werden soll. Olsh. 6. A. A. Oppenh.-Del. 9, Binding a. a. O. 275. Soll das Geld in einen Automaten geworfen werden, so ist an der Absicht des Inverkehrbringens nicht zu zweifeln. Ebenso Gerland a. a. O. 79. 80.

III. **Vollendet** sind die Delikte, sobald dem Gelde der trügerische Schein (I 1. 2) verliehen ist. Mit dem Beginne der Verleihung ist strafbarer Versuch gegeben.

IV. Besondere Schwierigkeiten macht hier die Frage nach der Einheit oder Mehrheit der Handlung. Daß die Zahl der Geldstücke nicht entscheidet, ergiebt sich schon aus dem vom Gesetze selbst gebrauchten Worte „Geld". Nach Binding 1, 557 entscheidet die Zahl der Geldsorten. Vergl. auch Binding, Grundriß 3, 277 und Gerland a. a. O. 84 ff.

V. **Logisches Verhältnis dieser Stelle zu der folgenden.** — §§ 146 und 147 stehen in engstem Zusammenhang. Beide beruhen auf dem Gedanken, daß das staatliche Interesse verletzt wird, wenn jemand falsches Geld in den Verkehr bringt. Das Gesetz unterscheidet nun:

1. Es fälscht jemand Geld, in der Absicht es in den Verkehr zu bringen. In diesem Fall macht er sich schon durch die Fälschung strafbar, ohne daß er die Absicht zu verwirklichen brauchte (§ 146).
2. Es fälscht jemand Geld ohne die bezeichnete Absicht. In diesem Falle macht er sich strafbar, wenn er sie nachträglich faßt und verwirklicht (§ 147).
3. Es hat jemand kein Geld gefälscht, wohl aber wissentlich sich gefälschtes verschafft. In diesem Falle macht er sich strafbar

Digitized by Google

a) wenn er es in Verkehr bringt (§ 147),

b) wenn er es zum Zwecke der Verbreitung aus dem Auslande einführt (§ 147).

Das Verhältnis der beiden ersten Fälle zu einander entspricht in allem wesentlichen dem des Diebstahls zur Unterschlagung. Aus dem zu § 73 VII 2 c β Gesagten folgt, daß wenn im ersten Falle der Thäter das Geld thatsächlich in Verkehr setzt, er dadurch keine selbständig strafbare Handlung begeht. Ebenso Olsh. 10, Binding 1, 557. A. A. Hälschner 2, 589, Gerland a. a. O. 86 ff. (letzterer hält das Inverkehrbringen für Betrug oder Urkundenfälschung). Nur dann wird man mit Binding, Grundriß 3, 277 ein selbständiges — und zwar nach § 147 strafbares — Delikt anzunehmen haben, wenn ein Münzfälscher, nachdem er als solcher bestraft worden ist, vorher gefälschte Geldstücke ausgiebt.

§ 147.

Dieselben Strafbestimmungen finden auf denjenigen Anwendung, welcher das von ihm auch ohne die vorbezeichnete Absicht nachgemachte oder verfälschte Geld als echtes in Verkehr bringt, sowie auf denjenigen, welcher nachgemachtes oder verfälschtes Geld sich verschafft und solches entweder in Verkehr bringt oder zum Zwecke der Verbreitung aus dem Auslande einführt.

I. Das Gesetz kennt zwei Fälle der **Quasimünzfälschung** (gegen die öfters gebrauchte Bezeichnung „Münzbetrug" s. Binding, Grundriß 3, 278):

1. Der erste lehnt sich eng an den Thatbestand der Falschmünzerei und Münzfälschung des § 146 an, unterscheidet sich aber dadurch, daß der Thäter zur Zeit, da er das Geld nachmacht oder verfälscht, nicht die Absicht hat, es in Verkehr zu bringen, diese Absicht vielmehr erst später faßt. Durch diesen dolus subsequens an sich wird der Thäter noch nicht strafbar, sondern erst dadurch, daß er (was zum Thatbestande des § 146 nicht gehört) thatsächlich das nachgemachte oder verfälschte Geld in Verkehr bringt. — Über den Begriff des „Inverkehrbringens" s. § 146 II. Das Delikt ist demnach vollendet, sobald das Geld von einem andern als echtes angenommen worden ist. Bei Weigerung der Annahme liegt nur Versuch vor. Ebenso Olsh. 1, Hälschner 2, 577, Gerland a. a. O. (I z. 8. Abschn.) 103. A. A. Oppenh.-Del. 2. — Das Inverkehrbringen von Stücken, die nicht nachgemachtes Geld sind, auch von dem Thäter nicht als solches ausgegeben werden, z. B. Spielmarken, gehört nicht hierher. E 6, 142. 16, 111. Vergl. Gerland a. a. O. 98 ff.

2. Der zweite Fall unterscheidet sich von dem ersten dadurch, daß der Thäter die Fälschung oder Verfälschung nicht selbst vornimmt, sondern sich das von einem andern verfälschte Geld verschafft und es entweder in Verkehr bringt oder zu dem Zwecke der Verbreitung aus dem Auslande einführt. Wesentlich ist, daß der Thäter in dem Augenblicke, in dem er sich die Dispositionsmöglichkeit über das Geld verschafft, bereits die Fälschung oder Verfälschung desselben kennt (vergl. dagegen § 148) Zufälliges Erlangen des Geldes (z. B. durch Fund) genügt nicht. Ebenso Hälschner 1, 578, Binding, Grundriß 3, 278. Abweichend die herrschende Lehre u. E 6, 142. Das Verschaffen für sich allein in der Absicht, das Geld in Verkehr zu bringen oder aus dem Auslande einzuführen, stellt Versuch dar. Ebenso Olsh. 2, Oppenh.-Del. 9. Dagegen nehmen u. a. Rüd.-Stengl. 8 nur straflose Vorbereitungshandlung an. — Die Begriffe Inverkehrbringen und Verbreiten decken sich nicht vollständig, insofern nämlich der letztere eine größere Anzahl von Exemplaren voraussetzt. Deshalb liegt die zweite Variante nur dann vor, wenn größere Mengen Geldes eingeführt werden. Ebenso Olsh. 3, Gerland 117. 118. A. A. Oppenh.-Del. 11. Das Erfordernis, daß das Geld als echtes in Verkehr gebracht werden müsse, ist hier zwar nicht ausdrücklich hervorgehoben, aber zu

Digitized by Google

subintellegieren. Ebenso Hälschner 2, 578, Gerland a. a. O. 111. A. A. Olsh. 3, Oppenh.-Del. 11.

II. Ein mehrfaches Inverkehrbringen oder Einführen steht der Einheitlichkeit der Handlung nicht entgegen. E 2, 25.

III. Über das Verhältnis zu § 146 s. das. V.

§ 148.

Wer nachgemachtes oder verfälschtes Geld als echtes empfängt und nach erkannter Unechtheit als echtes in Verkehr bringt, wird mit Gefängnis bis zu drei Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft. Der Versuch ist strafbar.

I. Das hier behandelte Delikt unterscheidet sich von dem zweiten Falle der Quasimünzfälschung (§ 147) in doppelter Richtung:

1. subjektiv dadurch, daß das Geld erst nach der Erlangung als unecht erkannt wird;
2. objektiv insofern, als eine Person vorausgesetzt wird, die dem Thäter das Geld gegeben hat. Denn dem Empfangen auf der einen Seite entspricht ein Geben auf der andern. Wer Geld findet, stiehlt, raubt und nach erkannter Unechtheit ausgiebt, begeht Betrug. Ebenso Hälschner 2, 581, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 224, Binding, Grundriß 3, 282, v. Liszt § 159. A. A. Olsh. 1, Oppenh.-Del. 2, Meyer 722, die als Gegensatz des Empfangens das Verschaffen in § 147 ansehen. Teilweise (nicht betr. des Findens) zustimmend Gerland a. a. O. 124.

II. Angesichts des Wortlauts hat man den dolus eventualis auszuschließen. Ebenso Olsh. 2, Oppenh.-Del. 3, Gerland 129. A. A. v. Liszt § 159, Meyer 722.

§ 149.

Dem Papiergelde werden gleich geachtet die auf den Inhaber lautenden Schuldverschreibungen, Banknoten, Aktien oder deren Stelle vertretende Interimsscheine oder Quittungen sowie die zu diesen Papieren gehörenden Zins-, Gewinnanteils- oder Erneuerungsscheine, welche von dem Reich, dem Norddeutschen Bunde, einem Bundesstaate oder fremden Staate oder von einer zur Ausgabe solcher Papiere berechtigten Gemeinde, Korporation, Gesellschaft oder Privatperson ausgestellt sind.

I. Die hier erwähnten Papiere müssen, um als Papiergeld angesehen zu werden, auf den Inhaber „lauten", d. h. von vornherein auf diesen gestellt sein. Der Umstand, daß ein Papier durch Blankogiro vorübergehend zum Inhaberpapier wird, genügt nicht. Selbstverständlich zählen auch sog. hinkende Inhaberpapiere hierher. Eine Außerkurssetzung von Schuldverschreibungen findet nach EG z. BGB Art. 176 nicht mehr statt.

II. Wegen der Berechtigung zur Ausgabe vergl. namentlich BGB § 795, EG z. BGB Art. 100 ff., Bankgesetz §§ 12 ff. 42 ff., Ges. betr. die Inhaberpapiere mit Prämien vom 8./6 1871 und die Vorschriften des HGB's über die Ausgabe von Aktien.

§ 150.

Wer echte, zum Umlauf bestimmte Metallgeldstücke durch Beschneiden, Abfeilen oder auf andere Art verringert und als vollgiltig in Verkehr bringt, oder wer solche verringerte Münzen gewohnheitsmäßig oder im

Digitized by Google

Einverständnisse mit dem, welcher sie verringert hat, als vollgiltig in Verkehr bringt, wird mit Gefängnis bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Der Versuch ist strafbar.

Die Stelle behandelt **die Münzverringerung, oder das Kippen und Wippen.** Unter jenem versteht man die Verringerung des Geldwertes, unter diesem das Ausgeben, Inverkehrbringen des verringerten Geldes. — In dem ersten Falle des Gesetzes ist der Thäter gleichzeitig Kipper und Wipper, im zweiten nur Wipper. Das Wippen allein ist nur dann strafbar, wenn es entweder gewohnheitsmäßig (s. § 74 V 5 a) oder im Einverständnisse mit dem Kipper geschieht. In letzterem Falle sind Kipper und Wipper Mitthäter, daher dieser Teil des Gesetzes überflüssig. Eingehender über das Delikt Gerland a. a. O. (I z. 8. Abschn.) 129 ff.

§ 151.

Wer Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere zur Anfertigung von Metallgeld, Papiergeld oder dem letzteren gleich geachteten Papieren dienliche Formen zum Zwecke eines Münzverbrechens angeschafft oder angefertigt hat, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. Einer der Fälle, in welchen ausnahmsweise gewisse Vorbereitungshandlungen zu einem Delikte (hier einem Münz*verbrechen*) und sogar Vorbereitungshandlungen zur Beihilfe unter Strafe gestellt sind. Wird das Münzverbrechen unter Benutzung der angeführten Werkzeuge begangen oder versucht, so kommt das Delikt des § 151 nicht mehr weiter in Betracht. S. §§ 73 VII 2 b. 74 V 3. Ein Versuch des Münzverbrechens selbst aber kann in dem bloßen Beschaffen oder Herstellen der Werkzeuge niemals gefunden werden. Ebenso Meyer 723; a. A. Olsh. 2, Gerland a. a. O. (I z. 8. Abschn.) 91.

II. Vollendet ist das Vorbereitungsdelikt, sobald die Werkzeuge thatsächlich angeschafft oder fertiggestellt sind.

III. Vergl. noch § 360 Nr. 4.

§ 152.

Auf die Einziehung des nachgemachten oder verfälschten Geldes, sowie der im § 151 bezeichneten Gegenstände ist zu erkennen, auch wenn die Verfolgung oder Verurteilung einer bestimmten Person nicht stattfindet.

I. Die Stelle enthält zunächst Ausnahmen von dem allgemeinen Grundsatze des § 40:

1. Während im allgemeinen die Einziehung der producta et instrumenta sceleris nur *gestattet* ist, ist sie hier *obligatorisch*.
2. Während ferner im allgemeinen die Einziehung davon abhängt, daß die Sache einem Thäter oder Teilnehmer *gehört*, wird sie hier ohne Rücksicht auf diesen Umstand angeordnet.

Stets aber muß das einzuziehende Geld nachgemacht oder verfälscht sein. Dies trifft nicht zu bei Münzverringerung des § 150. Daher ist hier die Einziehung unzulässig. Abweichend v. Liszt § 159. Gegen ihn Binding, Grundriß 3, 268.

II. Des weiteren aber enthält die Stelle eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 42. Während nämlich im allgemeinen das objektive Strafverfahren nur *zulässig* ist, ist es hier *obligatorisch*. Das Verfahren ist aber auch hier davon abhängig, daß

Digitized by Google

wenigstens der objektive Thatbestand eines Münzdelikts vorliegt. So Olsh. 2, Rüd.-Stengl. 2, Binding, Grundriß 3, 268. A. A. Oppenh.-Del. 3, Köbner, Die Maßregel der Einziehung (1891) 40, Vorberg, Die Einziehung der Produkte und Werkzeuge eines Delikts (1895) 55, Gerland a. a. O. 159 ff. und E 14, 161.

Neunter Abschnitt.

Meineid.

I. Wie Olsh. 2 bemerkt, ist die Überschrift des Abschnittes a potiori entnommen. Es wäre daher unrichtig, wenn man lediglich aus der Aufnahme eines Delikts in diesen Abschnitt folgern wollte, daß es in allen rechtlichen Beziehungen als Meineid zu gelten habe. E 32, 118. Vielmehr sind als Meineid im eigentlichen Sinne des Wortes nicht anzusehen: die falsche Versicherung an Eidesstatt (§ 156), die Verleitung zum Mein- oder zum Falscheide (§§ 159. 160), der Eidesbruch (§ 162) und der fahrlässige Falscheid (§ 163).

II. Nicht alle Verletzungen des Eides sind strafbar, sondern nur die im Gesetze speziell für strafbar erklärten. Straflos sind daher insbesondere der falsche Privateid, d. h. der von einem Privatmanne abgenommene (mit Einschluß des vor einem Schiedsgerichte geleisteten), ferner der falsche Kompromißeid, d. h. der auf Grund freier Vereinbarung der Parteien (wenn auch vor Gericht, E 5, 94) abgelegte, desgleichen der Bruch des Amtseides und die Verletzung der eidlich gelobten Wahrung des Geschäftsgeheimnisses (vergl. jedoch Ges. zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs § 9).

III. Soweit ersichtlich, kennt das moderne Recht den Eid nur als Beteuerung der Wahrheit unter Anrufung Gottes. An sich aber würde der Begriff des Eides auch bei Anrufung irgend einer anderen metaphysischen Autorität, z. B. Christi oder der Heiligen, erfüllt sein. Im übrigen kann die Frage, ob überhaupt ein Eid vorliegt, nur auf Grund der einschlagenden Spezialbestimmungen beantwortet werden. Für die auf Grund der Reichsprozeßordnungen geleisteten Eide sind die feierlichen Einleitungsworte: „ich schwöre bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden" und die Schlußworte: „so wahr mir Gott helfe!" deshalb als wesentlich anzusehen, weil sie nach dem Wortlaute der Gesetze (ZPO § 481, StPO §§ 62. 72. 288, MStGO §§ 75. 82. 101. 197. 208, GVG § 51) als wesentliche Bestandteile erscheinen. A. A. v. Liszt § 181. Dagegen beseitigt die Nichterhebung der Hand oder der Schwurfinger, wie allgemein anerkannt wird, den Eidescharakter nicht.

IV. Die dem Eide zu Grunde liegende Vorstellung ist die, daß der Schwörende eine göttliche Strafe provoziert für den Fall, daß er die Unwahrheit sagen oder den Eid brechen sollte. Vergl. Brandt, Der Eid u. d. Reichsprozeßordnungen (1895) 13. Wer nicht fähig ist, diese Vorstellung zu erfassen, kann keinen Meineid leisten. Diese Fähigkeit fehlt aber Personen unter sechzehn Jahren, auch kann ihr mangelnde Verstandesreife oder Verstandesschwäche entgegenstehen (ZPO §§ 392. 403. 473, StPO §§ 56. 72, MStGO §§ 199. 208). So die herrschende Lehre E 4, 32. 20, 60. A. A. Olsh. 3 zu § 153 und Meyer 726. Was für den Eid gilt, findet auch auf die eidesstattliche Versicherung Anwendung. E 28, 87. — Wohl aber kann ein strafbarer Meineid geleistet werden von Personen, die gemäß § 161 für unfähig zur eidlichen Vernehmung erklärt sind. (E 1, 217; a. A. bezgl. des von ihnen geleisteten Zeugeneides Hälschner 2, 911, Merkel 706, Binding, Grundriß 3, 127), desgl. von solchen, die nur in der konkreten Sache, z. B. wegen Verwandtschaft mit den Parteien oder wegen Verdachts der Mitschuld, nicht hätten beeidigt werden sollen (E 25, 30), endlich von Ungläubigen.

V. Eine falsche unbeeidigte Aussage vor Gericht oder einer sonstigen Behörde ist an sich straflos. Vergl. EG § 2 III 2. Jedoch kann in einer solchen Aussage Begünstigung liegen.

Digitized by Google

§ 153.

Wer einen ihm zugeschobenen, zurückgeschobenen oder auferlegten Eid wissentlich falsch schwört, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

I. Die Stelle unterscheidet zwischen zugeschobenem oder zurückgeschobenem Eide einerseits und auferlegtem Eide anderseits.

1. **Zugeschoben oder zurückgeschoben** ist ein Eid, auf dessen Leistung durch eine Partei zum Beweise einer für den Prozeß erheblichen Behauptung das Gericht auf Antrag der andern Partei erkannt hat. Ausnahmsweise kann der Eid auch einer dritten Person zugeschoben oder zurückgeschoben werden (ZPO § 450).

2. **Auferlegt** ist jeder andere Eid, auf dessen Leistung eine Behörde erkannt hat. Nur der Zeugen- und Sachverständigeneid erfährt eine besondere Behandlung (§ 154). Namentlich zählt zu den auferlegten Eiden der richterliche oder Noteid (ZPO §§ 475 ff.), aber auch der Offenbarungseid, sofern auf seine Leistung geklagt worden ist (z. B. BGB §§ 259. 261). Ob man die sonstigen Offenbarungseide (ZPO §§ 807. 883) oder den Editionseid (ZPO § 426) zu den auferlegten oder zugeschobenen Eiden rechnet, ist strafrechtlich gleichgiltig. Wenn jedoch der Offenbarungseid in Form eines Versprechens abgegeben wird, fällt seine Nichterfüllung unter § 162. Vergl. E 4, 77. Die Auferlegung von Eiden kann nicht nur vom Gerichte, sondern auch von andern gesetzlich dazu ermächtigten (abstrakt zuständigen, vergl. §§ 113 III 1, 154 I 2) Behörden erfolgen. Dabei ist es gleichgiltig, ob die Behörde eine in- oder ausländische ist, ebenso ob in concreto die Auferlegung mit Recht oder Unrecht erfolgt. E 3, 70. 5, 124. 29, 337.

II. **Der Eid muß dem Schwörenden selbst zugeschoben, zurückgeschoben oder auferlegt sein.** Schwört an Stelle der eidespflichtigen Person eine andere, so leistet diese, selbst wenn sie falsch schwört, keinen strafbaren Meineid, wohl aber begeht sie unter Umständen intellektuelle Urkundenfälschung oder Betrug. A. A. Oppenh.-Del. 9, Binding, Grundriß 3, 124. Wenn aber der thatsächlich Schwörende gar nichts Falsches beschwört, so werden sich auch diese Schriftsteller kaum zur Annahme eines Meineides entschließen können. Z. B. an Stelle des Eidespflichtigen schwört dessen Zwillingsbruder: ich habe die eingeklagte Forderung nicht erlassen.

III. Die Frage, ob Meineid vorliegt oder nicht, muß zunächst objektiv, und zwar im genauesten Anschluß an die Eidesformel geprüft werden. Es entscheidet dabei lediglich, was beschworen worden ist, nicht was nach dem Willen der beteiligten Personen beschworen werden sollte. Dabei ist zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen nicht zu unterscheiden. E 10, 338. Wer das streitige Darlehen am 1. Januar erhalten hat, leistet keinen Meineid, wenn er schwört, er habe es am 2. nicht erhalten. Anderseits aber ist der Eid objektiv falsch, wenn der Schwörende, ohne Nachforschungen angestellt zu haben, schwört, er habe „nach sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt, daß die Thatsache nicht wahr sei"; dies gilt selbst dann, wenn die Unwahrheit der Thatsache zutrifft.

IV. Der **Dolus** besteht in dem Bewußtsein, etwas objektiv Falsches eidlich zu erhärten. Zwar genügt dolus eventualis, doch liegt ein solcher nicht schon dann vor, wenn dem Schwörenden Zweifel an der Richtigkeit der beschworenen Thatsache aufsteigen, sondern erst dann, wenn er unbekümmert um Wahrheit oder Unwahrheit geschworen hat.

V. **Vollendet** ist das Delikt des Meineides, wenn der Eid voll und ganz geleistet ist. Ein Versuch liegt nicht schon in dem bestimmten Erbieten zur Eidesleistung (so Rüd.-Stengl. 7), sondern erst in dem Beginn der Eidesleistung selbst.

Digitized by Google

§ 154.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher vor einer zur Abnahme von Eiden zuständigen Behörde wissentlich ein falsches Zeugnis oder ein falsches Gutachten mit einem Eide bekräftigt oder den vor seiner Vernehmung geleisteten Eid wissentlich durch ein falsches Zeugnis oder ein falsches Gutachten verletzt.

Ist das falsche Zeugnis oder Gutachten in einer Strafsache zum Nachteile eines Angeschuldigten abgegeben und dieser zum Tode, zu Zuchthaus oder zu einer anderen mehr als fünf Jahre betragenden Freiheitsstrafe verurteilt worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.

I. **Der Meineid des Zeugen oder Sachverständigen** ist strafbar, wenn er vor einer Behörde geleistet worden ist und zwar vor einer solchen, die zur Abnahme von Eiden zuständig ist.

1. Über den Begriff der Behörde s. § 114 II.
2. Daß die Behörde zur Abnahme des konkreten Eides zuständig wäre, verlangt das Gesetz nicht. Vielmehr genügt die Zuständigkeit zur Abnahme von Eiden im allgemeinen. Vergl. E 7, 275, R 6, 151. Anderseits aber ist eine Behörde, die nur ganz spezielle, z. B. Diensteide, entgegennehmen darf, noch nicht schlechthin zur Abnahme von Eiden zuständig. Man wird deshalb mit Olsh. 2 die Beschränkung hinzuzufügen haben, daß die Behörde gerade zur Abnahme von Zeugen- oder Sachverständigeneiden zuständig sein müsse.
3. Der Dolmetscher ist mit der herrschenden Lehre als Sachverständiger anzusehen. Er ist nicht bloß das Sprachrohr, das die hineingesprochenen Worte in einer andern Zunge wiedergiebt, sondern er formt innerhalb gewisser Grenzen auch um, er macht Beweismaterial nutzbar.

II. Die Fälle des **Voreides** und **Nacheides** stehen zwar hinsichtlich der Strafbarkeit gleich, müssen aber doch begrifflich auseinandergehalten werden. Was den Voreid betrifft, der nach den Reichsprozeßordnungen die Regel bildet (s. jedoch MStGO § 196), so faßt man ihn am natürlichsten nicht als ein Versprechen, die Wahrheit zu sagen, sondern als die Versicherung auf, daß das, was demnächst gesagt werde, die volle Wahrheit sei. Ebenso Hälschner 2, 906. A. A. die herrschende Lehre, besonders Olsh. 3. Wollte die herrschende Lehre die Konsequenzen ihrer Auffassung ziehen, so müßte sie auch denjenigen Zeugen wegen Meineids bestrafen, der sich ausdrücklich weigert, eine Einzelfrage zu beantworten. Diese Konsequenz aber wird meines Wissens nirgends gezogen.

III. Die Frage, ob der Eid falsch ist, muß auch hier zunächst objektiv im engsten Anschluß an die Eidesformel geprüft werden. Der nach den Reichsprozeßordnungen (ZPO § 392, StPO § 61. MStGO § 197) zu leistende Zeugeneid deckt auch die Personalfragen, so daß eine Unwahrheit in dieser Beziehung als Meineid strafbar ist. E 2, 44. A. A. Berner 431. Dagegen bezieht sich der Eid des Sachverständigen (ZPO § 410, StPO § 79, MStGO § 215) nicht auf Thatsachen, sondern nur auf das Gutachten. Deshalb ist die falsche Beantwortung der Personalfragen in diesem Falle straflos. E 20, 235. Abweichend u. a. v. Kries 388. Man wird aber weitergehend auch anzunehmen haben, daß durch den Sachverständigeneid überhaupt keine thatsächlichen Erklärungen und insbesondere auch diejenigen nicht gedeckt werden, auf welchen das Gutachten beruht. Zur Beseitigung dieses Mißstandes steht es dem Gerichte stets frei, den Sachverständigen auch als Zeugen zu beeidigen. Ebenso wohl Rüd.-Stengl. 4. A. A. die herrschende Lehre, namentlich sehr energisch Binding (Grundriß 3, 122) und das allerdings nicht durchaus konsequente RG. E 2, 153. 389. 4, 231, Urteile, die sich übrigens nur auf die prozessuale Seite der Frage beziehen.

Digitized by Google

Zwischen wesentlichen und unwesentlichen Bestandteilen der Aussage kann auch hier nicht unterschieden werden.

IV. Der **Dolus** besteht in dem Bewußtsein, unter Eid eine falsche Aussage oder ein falsches Gutachten zu erstatten. Beim Voreid muß der Zeuge oder Sachverständige mithin wissen, daß seine Erklärungen noch unter dem abgeleisteten Eide stehen, beim Nacheid muß er sich dessen erinnern, was er gesagt hat. Dolus eventualis genügt auch hier in dem entsprechenden Sinne wie bei § 153.

In dem Verschweigen einer Thatsache kann nur dann Meineid gefunden werden, wenn der Zeuge entweder ausdrücklich danach gefragt wurde oder doch wußte, daß sie für erheblich werde angesehen werden können. R 8, 23. Vom Standpunkte der oben vertretenen Ansicht aus, nach welcher der Sachverständigeneid sich überhaupt nicht auf Thatsachen bezieht, kann sich der Sachverständige durch Verschweigen einer solchen niemals eines Meineides schuldig machen. A. A. R 8, 23.

V. Hinsichtlich der **Vollendung** des Delikts ist zu unterscheiden:

1. Wird ein falsches Zeugnis oder Gutachten durch Nacheid bekräftigt, so ist das Delikt vollendet, sobald die Eidesleistung abgeschlossen — versucht, sobald mit ihr begonnen ist.
2. Wird nach geleistetem Voreid ein falsches Zeugnis oder Gutachten abgegeben, so tritt die Vollendung mit dem Abschlusse der Vernehmung ein. Die Aussage des Zeugen oder Sachverständigen erscheint als ein Ganzes und die im Laufe der Vernehmung erstattete unwahre Aussage stellt sich vor Abschluß derselben als Versuch dar. Ändert der Zeuge oder Sachverständige während der Vernehmung seine Erklärung, so tritt er vom Versuche zurück und sichert sich dadurch Straflosigkeit (§ 46 Nr. 1). So E 14, 19. 22, 363; 23, 87. Ein späterer Widerruf ist bedeutungslos, selbst wenn er noch im Laufe der Verhandlung erfolgt. S. jedoch § 158.

Beim Voreid beginnt der Versuch erst mit der falschen Aussage, beim Nacheid dagegen mit der Eidesleistung. So mit Recht Binding, Grundriß 3, 125.

VI. In dem **qualifizierten Falle** des zweiten Absatzes muß der Schwörende wissen, daß er zum Nachteile eines Angeschuldigten aussagt. Dagegen wird der ursächliche Zusammenhang zwischen seiner Aussage und der Verurteilung unwiderleglich vermutet. Vergl. Schwartze, Landesverrat (1897) 25. Selbstverständlich muß die Verurteilung in demselben Verfahren erfolgt sein, in welchem die Aussage erstattet wurde. Versuch des qualifizierten Falles halten v. Liszt § 181, Olsh. 13 gegen die herrschende Lehre für möglich.

VII. Beihilfe ist in der Art denkbar, daß jemand einen Zeugen vorschlägt in dem Bewußtsein, derselbe werde einen Meineid leisten. Ebenso Olsh. 14, Oppenh.-Del. 23. A. A. v. Liszt, Die falsche Aussage (1877) 165.

VIII. Sagt der Zeuge oder der Sachverständige in derselben Sache dasselbe mehrmals unter Eid falsch aus, so liegt ein fortgesetztes Delikt vor. Binding 1, 558, Olsh. 15. R 9, 7. A. A. Oppenh.-Del. 22.

IX. Wegen eidesunfähiger Zeugen s. IV z. 9. Abschn.

§ 155.

Der Ableistung eines Eides wird gleich geachtet, wenn

1. **ein Mitglied einer Religionsgesellschaft, welcher das Gesetz den Gebrauch gewisser Beteuerungsformeln an Stelle des Eides gestattet, eine Erklärung unter der Beteuerungsformel seiner Religionsgesellschaft abgiebt;**
2. **derjenige, welcher als Partei, Zeuge oder Sachverständiger einen Eid geleistet hat, in gleicher Eigenschaft eine Versicherung unter Berufung**

Digitized by Google

auf den bereits früher in derselben Angelegenheit geleisteten Eid abgiebt, oder ein Sachverständiger, welcher als solcher ein- für allemal vereidet ist, eine Versicherung auf den von ihm geleisteten Eid abgiebt;

3. ein Beamter eine amtliche Versicherung unter Berufung auf seinen Diensteid abgiebt.

I.

1. **Zu Nr. 1.** Welche Religionsgesellschaften hierher gehören, entscheidet nach dem heutigen Stande der Gesetzgebung das Landesrecht. ZPO § 484, StPO § 64, MStGO § 198 erkennen die landesrechtlichen Privilegien für das Gebiet des Zivil- und des Strafprozesses an. Bedient sich jemand der besonderen Beteuerungsformel der privilegierten Religionsgesellschaft, ohne ihr in Wahrheit anzugehören, so fällt er nicht unter § 155. Ebenso u. a. Binding, Grundriß 3, 121. A. A. v. Liszt, Die falsche Aussage 145 ff. Zweifelnd Oppenh.-Del. 2. Entspricht die Formel, unter welcher die Versicherung abgegeben wurde, nicht der von der betreffenden Religionsgenossenschaft gestatteten, so wird ein vollendeter Meineid jedenfalls nicht begangen. Ebenso E 24, 91, wo aber in sehr bedenklicher Weise ein Versuch konstruiert wird.
2. **Zu Nr. 2.** Die Frage, wann eine Berufung auf den früher in derselben Angelegenheit geleisteten Eid erfolgen könne, ist eine prozessuale. Siehe ZPO §§ 398. 402. 410, StPO §§ 66. 72. 79, MStGO §§ 201. 208. 215. Ist aber die Versicherung unter jener Berufung abgegeben worden, so steht sie dem Eide auch dann gleich, wenn prozessual wiederholte Beeidigung geboten gewesen wäre, sofern nur die Angelegenheit dieselbe ist. E 17, 409. 30, 130.
3. **Zu Nr. 3.** Die Reichsprozeßordnungen kennen keinen hierher gehörigen Fall, schließen vielmehr die Bezugnahme des Beamten auf seinen Diensteid stillschweigend aus. Doch kann in Verfahrensarten, die sich nach Landesrecht beurteilen (vergl. z. B. EG z. StPO § 3) eine derartige Bezugnahme statthaft sein.

II. § 155 lehnt sich an die unmittelbar voraufgehenden Gesetzesstellen an, bezieht sich also nur auf solche Versicherungen, die an Stelle der dort erwähnten Eide treten. Demnach muß auch die Versicherung in einem Verfahren abgegeben sein, in dem die Behörde gerade zur Entgegennahme einer Versicherung unter Berufung auf den Diensteid befugt ist. E 25, 96.

§ 156.

Wer vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eidesstatt zuständigen Behörde eine solche Versicherung wissentlich falsch abgiebt oder unter Berufung auf eine solche Versicherung wissentlich falsch aussagt, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

I. **Der Gegensatz dieser Stelle zu der voraufgehenden ist ein doppelter.**

1. § 155 bedroht gewisse Versicherungen, wenn sie wissentlich falsch geleistet werden, mit der Strafe des Meineids. Dagegen bedroht § 156 eine falsche Versicherung an Eidesstatt zwar auch mit Strafe, aber nicht mit der des Meineids. Die Erklärung, etwas beschwören zu wollen, oder das Anbieten des Eides über eine bestimmte Behauptung ist keine Versicherung an Eidesstatt. E 15, 126. Anderseits kann es auf den Wortlaut nicht ankommen, so daß die Versicherung „an Stelle des Eides" oder „unter eidlicher Bindung des Gewissens" als eidesstattliche anzusehen ist. Die (nicht unter § 155 fallende) Berufung auf einen früheren Eid hält die herrschende Lehre nicht für ausreichend. Oppenh.-Del. 6, Olsh. 2.
2. § 155 bezieht sich nur auf Versicherungen, die an Stelle der in den §§ 153. 154

Digitized by Google

erwähnten Eide treten. Dagegen bezieht sich § 156 auf eidesstattliche Versicherungen jeder Art, selbst auf solche, die nicht verlangt sind. Der Dolus ist allerdings hier wie dort der gleiche.

II. Wenn das Gesetz fordert, daß die Versicherung **vor einer zur Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen zuständigen Behörde** erfolge, so ist damit keine körperliche Anwesenheit verlangt. So die herrschende Lehre und das RG in konsequenter Rechtsprechung. Z. B. E 7, 287. 22, 267. Bei nichtkörperlicher Abgabe tritt die — allein strafbare — Vollendung natürlich erst dann ein, wenn die Versicherung mit dem Willen des Erklärenden (E 32, 435) an die Behörde gelangt. Zweifelhaft aber ist besonders hier, was unter einer ... zuständigen Behörde zu verstehen sei. Daß eine konkrete örtliche und sachliche Zuständigkeit nicht zu fordern sei, wird zwar allgemein anerkannt. Die herrschende Lehre aber verlangt mit Recht abstrakte Zuständigkeit, d. h., daß die Behörde zuständig sein müsse, eidesstattliche Versicherungen der betreffenden Art in einem Verfahren der fraglichen Art entgegenzunehmen. So E 13, 161. 17, 185. 18, 309. 24, 377.

Welche Behörden hierher gehören, ist auf Grund der einschlagenden Bestimmungen der Reichs- und Landesgesetze zu beurteilen. Bejaht ist die Zuständigkeit der Gerichte bei Glaubhaftmachung in beiden Prozessen, E 7, 287. 19, 414. 20, 241. 28, 8; der preußischen Universitäten und der Landesuniversität Rostock und deren Fakultäten bei Versicherungen über die Autorschaft von Dissertationen, E 17, 208. S. jetzt auch ZPO §§ 294. 952. 986. 1007. Vergl. Binding, Grundriß 3, 134.

§ 157.

Hat ein Zeuge oder Sachverständiger sich eines Meineides (§§ 154, 155) oder einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht, so ist die an sich verwirkte Strafe auf die Hälfte bis ein Viertel zu ermäßigen, wenn

1. **die Angabe der Wahrheit gegen ihn selbst eine Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens nach sich ziehen konnte, oder**
2. **der Aussagende die falsche Aussage zu Gunsten einer Person, rücksichtlich welcher er die Aussage ablehnen durfte, erstattet hat, ohne über sein Recht, die Aussage ablehnen zu dürfen, belehrt worden zu sein.**

Ist hiernach Zuchthausstrafe unter Einem Jahre verwirkt, so ist dieselbe nach Maßgabe des § 21 in Gefängnisstrafe zu verwandeln.

I. Die Zwangslage, in der sich der Schwörende unter Umständen befindet, wird in den zwei vom Gesetze hervorgehobenen Fällen derart berücksichtigt, daß eine obligatorische Ermäßigung der Meineidstrafe zu Gunsten des Zeugen oder Sachverständigen, dagegen nicht zu Gunsten der Partei eintritt.

Zu 1. Der Umstand, daß nur von der Verfolgung wegen eines Verbrechens oder Vergehens (also nicht wegen einer Übertretung) die Rede ist, läßt darauf schließen, daß nur eine strafrechtliche, nicht eine disziplinäre oder zivilrechtliche, in Frage steht. Wäre bei Aussage der Wahrheit eine Verfolgung des Zeugen oder Sachverständigen selbst zu befürchten gewesen, so kommt die Strafermäßigung dem Anstifter oder Gehilfen nicht zu gute. E 4, 377. Wohl aber muß sie zu Gunsten dieser Personen eintreten, wenn ihre eigene Verfolgung auf dem Spiele stand. Dies ergiebt sich aus § 50. A. A. die herrschende Lehre u. E 22, 106. S. dagegen Binding 1, 221, Frank, Ztschr. 14, 381. — Irrtümliche Annahme der Möglichkeit einer Verfolgung steht der wirklich vorhandenen Gefahr gleich. S. 59 II 2. A. A. v. Liszt § 181. Anderseits tritt die Strafermäßigung auch dann ein, wenn der Strafmündige nichts von der Möglichkeit einer Verfolgung wußte. E 23, 149.

Digitized by Google

Zu 2. Über die Frage, rücksichtlich welcher Personen die Aussage verweigert werden darf, vergl. die Vorschriften über das Verfahren, besonders StPO §§ 51. 52. 54, ZPO §§ 383. 384, MStGO §§ 187. 188. Eine Belehrung des Zeugen oder Sachverständigen über das Weigerungsrecht ist hier nur dann vorgeschrieben, wenn die Person, rücksichtlich deren es stattfindet, selbst Beschuldigter oder Partei ist. Der Umstand aber, daß sie dies nicht ist und eine Belehrung über das Ablehnungsrecht somit nicht einzutreten braucht, steht der Strafermäßigung nicht entgegen. Ebenso Olsh. 8. A. A. Rüd.-Stengl. 6.

II. Treffen die beiden hier vorgesehenen Strafmilderungsgründe oder trifft kumulativ auch der des § 158 zu, so ist die Strafe gleichwohl nur einmal zu reduzieren. E 9, 74. Ist der Thäter ein relativ Strafmündiger, so muß zunächst die „an sich verwirkte Strafe" festgesetzt, diese dann nach § 157 reduziert werden und ist erst in letzter Linie § 57 in Anwendung zu bringen. E 9, 245. Dagegen will v. Liszt § 70 zunächst den regelmäßigen Strafrahmen nach § 57 herabsetzen und dann erst § 157 anwenden. — Bei Realkonkurrenz mehrerer unter die vorliegende Stelle fallender Meineide ist jede Einzelstrafe zu ermäßigen, nicht erst die Gesamtstrafe. E 31, 106.

§ 158.

Gleiche Strafermäßigung tritt ein, wenn derjenige, welcher sich eines Meineides oder einer falschen Versicherung an Eidesstatt schuldig gemacht hat, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet und bevor ein Rechtsnachteil für einen Anderen aus der falschen Aussage entstanden ist, diese bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat, widerruft.

I. Die Strafermäßigung des § 157 wird hier — gleichgiltig, ob es sich um einen Zeugen- oder Sachverständigen- oder Parteieid handelt (E 16, 29) — auf einen Fall ausgedehnt, den man häufig als thätige Reue bezeichnet, also mit dem § 46 Nr. 2 auf eine Stufe stellt. Allerdings kann, nachdem einmal der Meineid geleistet ist, von einer Abwendung des zum Thatbestande des Delikts gehörigen Erfolges keine Rede sein, wohl aber lassen sich die außerhalb des Thatbestandes liegenden Folgen abwenden, und als solche nennt das Gesetz den aus der falschen Aussage entstehenden Rechtsnachteil für einen andern. Indessen ist auch in dieser Beziehung der Parallelismus mit § 46 Nr. 2 nur in uneigentlichem Sinne zu nehmen, weil es nicht darauf ankommt, ob der Rechtsnachteil abgewendet worden, sondern nur darauf, daß vor Eintritt desselben der Widerruf der falschen Aussage erfolgt ist. **Rechtsnachteil** bedeutet aber eine erkennbare Verschlechterung der rechtlichen Lage einer Person, wenn auch die Verschlechterung keine vermögensrechtliche ist. Daher ist er schon dann gegeben, wenn zufolge der falschen Aussage ein auch noch nicht rechtskräftiges Urteil zu Ungunsten einer Person ergangen oder die Einstellung einer Zwangsvollstreckung verfügt oder eine Verfolgung wegen eines Delikts eingeleitet worden ist. R 5, 74. 9, 697, E 29, 303. Anderseits aber genügt es nicht, wenn durch den Meineid die Ansicht der Richter in einer bestimmten Beziehung beeinflußt worden ist. E 16, 29.

II. Der Eintritt der Strafermäßigung ist ferner davon abhängig, daß zur Zeit des Widerrufs noch keine **Anzeige** (wegen des Meineids) gegen den Widerrufenden erfolgt oder (von Amts wegen) eine **Untersuchung** (wegen des Meineides) gegen ihn eingeleitet worden ist. Diese Erfordernisse entsprechen dem in § 46 Nr. 2 aufgestellten, daß die Handlung noch nicht entdeckt sein dürfe. Eingeleitet ist eine Untersuchung dann, wenn das amtliche Einschreiten einer zur Verfolgung von strafbaren Handlungen zuständigen Behörde in der Absicht erfolgt, eventuell eine Bestrafung herbeizuführen. E 21, 8. Es

Digitized by Google

genügt also die Eröffnung des staatsanwaltschaftlichen Ermittelungsverfahrens. Eine solche kann nicht darin gefunden werden, daß auf Antrag des Staatsanwalts die Aussagen eines des Meineids verdächtigen Zeugen wörtlich zu Protokoll genommen werden. E 7, 154, vergl. E 5, 92. Die Einleitung polizeilicher Ermittelungen aus eigener polizeilicher Initiative ist Einleitung einer Untersuchung.

III. Der **Begriff des Widerrufs** erfordert eine Bezugnahme auf die frühere Aussage und eine Richtigstellung derselben. Eine lediglich von der früheren abweichende, sie aber nicht ausdrücklich korrigierende Aussage genügt nicht. R 9, 697. Wohl aber ein Widerruf durch Vermittelung anderer Personen (E 28, 162), demnach auch durch solche, die amtlich mit der Entgegennahme von Erklärungen und der Übermittelung beauftragt sind. E 34, 422.

Der Widerruf muß bei derselben Behörde erfolgen, bei welcher die erste falsche Aussage erstattet worden ist. Zwar kann sich der Widerrufende der Vermittelung anderer Behörden bedienen, die Rechtzeitigkeit aber bemißt sich lediglich nach dem Eingange bei derjenigen, welche die erste Aussage entgegengenommen hat. Die Verschiedenheit der Abteilungen derselben Behörde (Kammern, Senate, Untersuchungsrichter, Bureau) hebt ihre Identität nicht auf. R 5, 564, E 9, 333. Das RG geht aber in einer mit dem Wortlaute des Gesetzes kaum in Einklang stehenden Weise noch einen Schritt weiter, indem es Einheit auch zwischen der ersuchenden und ersuchten Behörde, sowie zwischen solchen Behörden annimmt, die in derselben Sache auf Ersuchen einer dritten thätig werden. E 9, 333. 27, 148. Vergl. auch E 17, 341. Dagegen fehlt die Einheit zwischen Schöffengericht und Strafkammer und zwischen Schöffengericht und Staatsanwaltschaft. E 21, 8. 29, 303.

§ 159.

Wer es unternimmt, einen Anderen zur Begehung eines Meineides zu verleiten, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, und wer es unternimmt, einen Anderen zur wissentlichen Abgabe einer falschen Versicherung an Eidesstatt zu verleiten, mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

I. Hat jemand einen andern zu dem von diesem geleisteten oder in strafbarer Weise versuchten Meineid vorsätzlich angestiftet, so wird er gemäß § 48 mit der für den Meineid oder den Meineidsversuch angedrohten Strafe belegt. Das Gesetz bestraft aber ausnahmsweise auch die versuchte Anstiftung als del. s. g. (daß der § 159 den im § 48 nicht vorkommenden Ausdruck „verleiten" gebraucht, steht nicht entgegen). Versuchte Anstiftung ist aber hier wie sonst in doppelter Weise denkbar:

1. der Entschluß zur Leistung wird nicht hervorgerufen; dahin gehört z. B. der Fall, daß der andere schon entschlossen ist, namentlich aber der, daß er den Eid zwar leistet, aber ohne sich seiner Falschheit bewußt zu sein; R 8, 302. 10, 569, RG im Arch. 45, 423; mag ihm auch Fahrlässigkeit zur Last fallen. E 34, 431;
2. der Entschluß zur Leistung des Meineids wird zwar hervorgerufen, thatsächlich aber kommt es weder zur Leistung noch auch zu einem strafbaren Versuche derselben.

Sehr prägnant Binding, Grundriß 3, 141: „Das Delikt besteht in dem Versuche, jemanden zu einer Handlung zu bestimmen, die nach Ansicht des Verleiters Meineid werden soll".

II. Die versuchte Anstiftung ist aber nur dann strafbar, wenn ein **Unternehmen der Anstiftung** vorliegt, d. h. eine mit Überlegung vorgenommene Versuchshandlung gegeben ist. Über den Begriff des Unternehmens s. § 105 I. Die das. bekämpfte Auffassung gelangt zu der Konsequenz, daß der Thatbestand des § 159 schon in der Einwirkung auf eine Mittelsperson gegeben sei. Z. B. A fordert den B auf, den C zu einem Meineide zu bestimmen; B lehnt die Aufforderung ab. E 15, 259. Gegen diese die ganze Lehre

Digitized by Google

von der Teilnahme auf den Kopf stellende Praxis besonders Harburger, Die Teilnahme an dem Verbrechen aus § 159 (1887) und Binding, Grundriß 3, 140. Die Handlungsweise des A ist vielmehr unter dem Gesichtspunkte des § 49a zu betrachten. Hätte B thatsächlich auf C eingewirkt, so würde er als Thäter, A als Anstifter erscheinen. Das RG sieht sogar den Thatbestand des § 159 dann als gegeben an, wenn A seine Aufforderung schriftlich an B gerichtet, das Schreiben aber den B nicht erreicht hat. R 6, 777. Nur insofern scheut es vor den äußersten Konsequenzen zurück, als es annimmt, daß immerhin der Meineid einer bestimmten Person ins Auge gefaßt sein müsse. R 4, 504. Nach der hier vertretenen Auffassung fordert der Thatbestand des § 159 in objektiver Beziehung, daß der Thäter mit der Einwirkung auf den zum Meineide zu Bestimmenden begonnen habe.

III. Der **Dolus** ist der des Anstifters. Der Thäter muß also von der, wenn auch irrtümlichen, Annahme ausgehen, daß dem andern die Unwahrheit der zu beschwörenden Thatsache bekannt sei.

IV. Daß die herrschende Lehre einen **Versuch** des Delikts aus § 159 nicht für möglich hält, ist nach dem unter I und II Gesagten selbstverständlich, dagegen ist vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung aus die Möglichkeit eines Versuchs zu behaupten, der allerdings in dem Falle der Verleitung zur falschen Versicherung an Eidesstatt nicht strafbar ist. Z. B. das die Aufforderung enthaltende Schreiben erreicht seine Adresse nicht. Desgleichen muß gegen die meisten (vergl. bes. Binding, Grundriß 3, 141, Lehrb. 14 und E 10, 435) auch an der Möglichkeit eines straflosen Rücktritts festgehalten werden. Z. B. der Absender holt das Schreiben von der Post zurück. S. dazu § 46 VI. Übereinstimmend Hälschner 2, 927, v. Schwarze S. 101. Selbstverständlich aber kann auch bei freiwilligem Rücktritt Strafbarkeit gemäß § 49a bestehen bleiben. Desgleichen ist an der Möglichkeit einer **Anstiftung** festzuhalten, während die herrschende Lehre gemäß ihrer zu II dargelegten Auffassung die Anstiftung in Thäterschaft verwandelt. Vergl. dazu einen sehr interessanten, von Bercio, Ztschr. 22, 818 mitgeteilten Fall.

V. Das für die Bestimmung zum Meineide Gesagte gilt in entsprechender Weise auch für die Bestimmung zur falschen Versicherung an Eidesstatt. Hier wie dort bezieht sich das Gesetz nur auf die in den voraufgehenden Paragraphen normierten Fälle.

§ 160.

Wer einen Anderen zur Ableistung eines falschen Eides verleitet, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, und wer einen Anderen zur Ableistung einer falschen Versicherung an Eidesstatt verleitet, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. **Verhältnis zu § 159.** — Die vorhergehende Stelle (§ 159) bezieht sich auf den Fall, daß der Verleitende einen Meineid, die vorliegende auf den andern, daß der Verleitende nur einen objektiv falschen Eid des Schwörenden beabsichtigt. Von einer Strafbarkeit des letzteren kann hier höchstens dann die Rede sein, wenn ihm Fahrlässigkeit zur Last fällt (§ 163). Wer ihn mit Bewußtsein der Unwahrheit der eidlichen Erklärung zur Abgabe derselben bestimmt, würde nach allgemeinen Regeln vielleicht als mittelbarer Thäter anzusehen sein. Mit Recht aber nimmt das Gesetz einen andern Standpunkt ein, weil das Charakteristische der Eidesdelikte, nämlich die Einsetzung des eigenen Gewissens, bei dem dritten fehlt; es hat demgemäß die Verleitung zum Falscheid als besonderes Delikt behandelt, das seinerseits Teilnahmehandlungen durchaus zuläßt. Gegen den § 160 mit Unrecht v. Liszt, Die falsche Aussage (1877) 188, Binding, Grundriß 3, 143.

Digitized by Google

II. Gleichgiltig ist, ob der Schwörende straflos ist, oder ob ihm Fahrlässigkeit zur Last fällt. E 25, 213. Dies vorausgesandt, kann die **Handlung** des Thäters bestehen:

1. darin, daß er den Schwörenden veranlaßt, seiner unter Eid zu erstattenden Aussage einen bestimmten, objektiv unwahren Inhalt zu geben. Z. B. A veranlaßt den als Zeugen vorgeladenen B zu einer wahrheitswidrigen Aussage;
2. darin, daß er den Schwörenden zur Eidesleistung erst bestimmt. Z. B. durch bedingtes Endurteil ist dem X ein Eid auferlegt worden; A redet ihm ein, er könne denselben mit gutem Gewissen leisten.

III. Der **Dolus** erfordert:

1. das Bewußtsein, daß der Bestimmte eine gewisse Thatsache beschwören werde,
2. die Kenntnis von der Unwahrheit dieser Thatsache,
3. die Vorstellung, daß dem Bestimmten diese Unwahrheit nicht bekannt sei (im Gegensatz zu § 159).

IV. Die **Vollendung** tritt mit der Vollendung der Eidesleistung ein. In der bloßen Beeinflussung des Willens kann nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche noch kein „Verleiten" gefunden werden. E 12, 254. Der Versuch ist trotz des Vergehenscharakters strafbar. Er liegt insbesondere auch dann vor, wenn der Schwörende mit dem zum Meineide erforderlichen Dolus geschworen hat, der Verleitende aber hiervon nichts wußte. E 11, 418.

V. Die Bem. zu § 159 V gilt entsprechend auch hier. Vergl. dazu E 23, 251. 34, 298 (es wird jemand bestimmt, ein Schriftstück zu unterzeichnen, von dem er nicht weiß, daß es eine Versicherung an Eidesstatt enthält).

§ 161.

Bei jeder Verurteilung wegen Meineides, mit Ausnahme der Fälle in den §§ 157 und 158, ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und außerdem auf die dauernde Unfähigkeit des Verurteilten, als Zeuge oder Sachverständiger eidlich vernommen zu werden, zu erkennen.

In den Fällen der §§ 156 bis 159 kann neben der Gefängnisstrafe auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

I. Abweichend von der Regel des § 32 wird hier die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte für obligatorisch erklärt. Wegen der dauernden Unfähigkeit zur eidlichen Vernehmung vergl. Vorbem. z. 1. Abschn. des 1. Teils II 5 und BGB § 2237 Nr. 3.

II. Der erste Absatz bezieht sich auf die §§ 153—155, dagegen nicht auf §§ 159. 160. Für den Anstifter gilt gemäß § 48 dieselbe Strafvorschrift wie für den Thäter. E 4, 377. Bei Versuch oder Beihilfe ist, wie sich aus § 47 ergiebt, die Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte ebenfalls obligatorisch, dagegen die Aberkennung der Fähigkeit zur eidlichen Vernehmung unzulässig. E 13, 76, R 10, 100. A. A. in letzter Beziehung Binding, Grundriß 3, 135.

III. Soweit nach dem zweiten Absatze die Aberkennung der Ehrenrechte zulässig ist, gilt die Regel des § 32, daß die Strafe mindestens drei Monate Gefängnis betragen muß.

§ 162.

Wer vorsätzlich einer durch eidliches Angelöbnis vor Gericht bestellten Sicherheit oder dem in einem Offenbarungseide gegebenen Versprechen zuwiderhandelt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Digitized by Google

I. Die Stelle behandelt den sogenannten **Eidesbruch.** Die Sicherheitsleistung durch eidliches Angelöbnis ist dem heutigen Prozeßrechte weniger geläufig als beispielsweise dem gemeinen. Immerhin kann sie auch nach der ZPO in den Fällen angewendet werden, in welchen die Art und Weise der Sicherheitsleistung dem Ermessen des Gerichts überlassen ist. ZPO §§ 921. 925. 927. — Hervorzuheben ist, daß nur dasjenige gerichtliche Angelöbnis hierher gehört, durch welches eine Sicherheit bestellt wird. Dies ist z. B. nicht der Fall bei dem von dem Vormunde zu leistenden Eid.

II. Der Offenbarungseid ist dem Reichsrechte grundsätzlich nur als assertorischer bekannt. Doch kann er ausnahmsweise (vergl. BGB § 261 Abs. 2, ZPO § 883 Abs. 3) auch in promissorischer Form vorkommen oder teils assertorisch, teils promissorisch sein. In ersterer Beziehung fällt die Eidesverletzung unter § 153, in letzterer unter § 162, und zwar in der Art, daß Realkonkurrenz möglich ist. E 4, 76.

§ 163.

Wenn eine der in den §§ 153 bis 156 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden ist, so tritt Gefängnisstrafe bis zu Einem Jahre ein.

Straflosigkeit tritt ein, wenn der Thäter, bevor eine Anzeige gegen ihn erfolgt oder eine Untersuchung gegen ihn eingeleitet und bevor ein Rechtsnachteil für einen Anderen aus der falschen Aussage entstanden ist, diese bei derjenigen Behörde, bei welcher er sie abgegeben hat, widerruft.

I. Eine **fahrlässige Verletzung der Eidespflicht** kann nur dann angenommen werden, wenn die beschworene Thatsache objektiv unwahr ist. Die Fahrlässigkeit des Schwörenden aber ist in vierfacher Weise denkbar, die entsprechend auch für die Versicherung an Eidesstatt gelten:

1. in der Art, daß der Schwörende die Unwahrheit der beschworenen Thatsache kennt, aber zufolge eines schuldhaften Irrtums annimmt, seine Aussage stehe nicht unter Eid. Eine Variante dieses Falles liegt beim Nacheid dann vor, wenn der Schwörende bei Leistung des Eides an eine vorher gethane Äußerung, auf die sich der Eid bezieht, nicht denkt. Vergl. E 21, 198. 30, 53. Eine weitere Variante bei der Versicherung an Eidesstatt: jemand unterzeichnet ein Schriftstück, von dem er aus unentschuldbarem Irrtum nicht weiß, daß es eine solche Versicherung enthält. E 21, 198. 34, 298;
2. in der Art, daß der Schwörende zufolge eines schuldhaften Irrtums die beschworene Thatsache für wahr hält;
3. in der Art, daß der Schwörende die Unwahrheit dessen, was er beschwört, kennt, aber glaubt, etwas anderes zu beschwören. Dies ist der Fall des Versprechens. Binding, Grundriß 3, 130;
4. in der Art, daß der Schwörende glaubt, die den Eid entgegennehmende Behörde sei zur Abnahme von Eiden nicht zuständig. Binding a. a. O.

II. **Positiv rechtlich sind nur bestimmte Arten des fahrlässigen Falscheides für strafbar erklärt,** insbesondere nicht der fahrlässige Eidesbruch.

1. Daß der zugeschobene, zurückgeschobene oder auferlegte Eid des § 153 auch fahrlässig falsch geschworen werden kann, ist im allgemeinen klar, doch ergeben sich Zweifel beim Überzeugungseid nach ZPO § 459. Schwört der Eidespflichtige, daß er nach „sorgfältiger Prüfung und Erkundigung die Überzeugung erlangt habe, daß die Thatsache (wahr oder) nicht wahr sei", so beschwört er nicht die Wahrheit einer bestimmten Thatsache, sondern nur, daß er eine sorgfältige Prüfung und Erkundigung angestellt und daraufhin eine bestimmte Überzeugung erlangt habe. A. A. E 7, 185.

Digitized by Google

Dagegen aber E 12, 58. Vergl. darüber § 153 III. Jedenfalls aber kann ein fahrlässiger Falscheid darin liegen, daß der Schwörende glaubt, eine sorgfältige Prüfung angestellt zu haben, während dies thatsächlich nicht zutrifft. E 12, 58. Konstruierbar ist ein fahrlässiger Falscheid auch derart, daß der Schwörende glaubt, überzeugt zu sein, ohne daß er es wirklich ist (Irrtum über das Wesen der Überzeugung). E 12, 58, Olsh. 3. Jedoch wird in foro der erforderliche Beweis kaum erbracht werden können. Schlechthin gegen Strafbarkeit des Überzeugungseides Hälschner 2, 921, ähnlich v. Liszt § 181 (bezügl. des „Glaubenseides").

2. Die Möglichkeit eines fahrlässig falschen Zeugeneides in der von den Reichsprozeßordnungen geforderten Form wird gegenwärtig allgemein dann angenommen, wenn der Zeuge zwar von der Wahrheit seiner Aussage überzeugt war, aber es versäumt hatte, die erforderliche Überlegung anzustellen und alles das aufzubieten, was zur Auffrischung seines Gedächtnisses erforderlich und nach den Umständen möglich war (Fall I 2). E 8, 108. 26, 133. In analoger Weise wird auch ein fahrlässiger Falscheid des Sachverständigen konstruiert. Indessen kann dieser Auffassung nicht beigetreten werden. In beiden Fällen wird beschworen, daß die Aussage bezw. das Gutachten dem zur Zeit vorhandenen besten Wissen entspreche. Ob dieses „beste Wissen" nicht durch ein noch besseres ersetzt werden könne, ist eine Frage, die außerhalb des Eides steht. Hat ein Zeuge eine Behauptung mit aller Bestimmtheit aufgestellt, während er sie nach Lage seines Wissens nicht in dieser Weise aufstellen konnte, so kann nur von vorsätzlichem, nicht von fahrlässigem Falscheide die Rede sein. Diese hier längst vorgetragene Ansicht vertritt jetzt auch Thomsen, GS. 60, 56 ff.

III. Die Frage, ob **Anstiftung oder Beihilfe** zum fahrlässigen Falscheide als solche möglich sind, beurteilt sich nach allgemeinen Grundsätzen. S. Vorbem. z. 3. Abschn. des 1. Teils IV. Vergl. auch § 160.

IV. Der **Widerruf** hat strafaufhebende Wirkung unter denselben Voraussetzungen, wie er beim Meineide eine Strafmilderung bewirkt. S. § 158.

V. Vergl. § 154 VIII.

Zehnter Abschnitt.

Falsche Anschuldigung.

§ 164.

Wer bei einer Behörde eine Anzeige macht, durch welche er jemand wider besseres Wissen der Begehung einer strafbaren Handlung oder der Verletzung einer Amtspflicht beschuldigt, wird mit Gefängnis nicht unter Einem Monat bestraft; auch kann gegen denselben auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Solange ein infolge der gemachten Anzeige eingeleitetes Verfahren anhängig ist, soll mit dem Verfahren und mit der Entscheidung über die falsche Anschuldigung innegehalten werden.

---

1. **Objekt der falschen Anschuldigung.** — Für die Auslegung der Stelle ist von prinzipieller Wichtigkeit die Beantwortung der Frage, ob sich das Delikt der falschen Anschuldigung gegen den Denunzierten oder gegen die Rechtspflege wendet. Für die letztere Auffassung spricht die systematische Stellung, namentlich der enge Zusammenhang mit dem Meineid, sowie der Umstand, daß die vorausgehenden Abschnitte keine Delikte gegen die Rechtsgüter einzelner enthalten. Diese Seite der falschen Anschuldigung wird denn

Digitized by Google

auch von der herrschenden Lehre ausschließlich betont. S. v. Liszt § 182, Olsh. 1 zum 10. Abschnitt, E 23, 371. Anderseits soll sich nach Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens (1894), 357 das Delikt nur gegen den fälschlich Angeschuldigten richten. Diese Ansicht hat ihre Stütze im § 165, der den Denunzierten ausdrücklich als den Verletzten bezeichnet. Es ist deshalb nicht richtig, wenn man nur die eine Seite des Delikts betont, und vielmehr zu behaupten, daß sich die falsche Anschuldigung sowohl gegen die Rechtspflege als auch gegen den Denunzierten richtet, so daß in jedem Einzelfalle diese Doppelseitigkeit zum Ausdrucke kommen muß. Aus dieser Auffassung ergeben sich von vornherein folgende Sätze, die übrigens sämtlich auch von der herrschenden Lehre vertreten werden.

1. Die Selbstbeschuldigung ist straflos (insofern sie nicht etwa als Begünstigung im Sinne des § 257 erscheint).
2. Die Beschuldigung muß sich gegen eine lebende, individuell kenntlich gemachte, wenn auch nicht mit Namen genannte Person richten. R 3, 192.
3. Falsche Anschuldigung liegt nicht vor, wenn gleichzeitig ein Schuld- oder Strafausschließungsgrund oder ein Strafaufhebungsgrund behauptet wird. Z. B.: der X habe in einem Anfalle von Tobsucht einen andern getötet. Oder: der X habe seine Ehefrau bestohlen. E 21, 101. Auch wenn die Anzeige so gefaßt ist, daß der Mangel einer Prozeßvoraussetzung und die Unmöglichkeit sie nachzuholen erhellt, ist der Thatbestand des § 164 nicht gegeben. Die Anzeige: X hat gestern seinen Vater bestohlen, ist, wenn bewußtermaßen falsch, strafbar, weil die Antragsfrist noch läuft. Nicht strafbar aber wäre die Anzeige: X hat vor einem Jahre, wie sein Vater sofort ermittelte, diesen bestohlen.

II. Im übrigen fordert der **objektive Thatbestand** folgende Momente:

1. Die Beschuldigung muß in einer **Anzeige** erfolgen. Anzeige ist die aus eigener Initiative gemachte Mitteilung. Wer bei Gelegenheit einer Vernehmung einen dritten beschuldigt, macht keine Anzeige, es müßte denn sein, daß zwischen dem Gegenstande der Vernehmung und der Beschuldigung kein Zusammenhang bestände. R 5, 172. 9, 31. Auf die Form kommt es nicht an. Auch durch Privatklage oder Strafantrag wird der Begriff der Anzeige erfüllt. R 1, 44. 5, 620. Desgleichen dadurch, daß der Behörde falsches Beweismaterial in die Hände gespielt wird. E 7, 47.
2. Die Anzeige muß an eine **Behörde** gerichtet sein und auch zur Kenntnis der Behörde gelangen. Über den Begriff der Behörde s. § 114 II. Mitteilung an ein Organ der Behörde (z. B. an einen Gendarmen) zum Zwecke des Weitergebens genügt daher für sich allein noch nicht, sondern nur dann, wenn thatsächlich die Behörde Kenntnis nimmt. R 3, 192, E 5, 5. 27, 51. 32, 95. 34, 203.
3. Die Anzeige muß die Beschuldigung entweder einer kriminell (E 32, 77) strafbaren Handlung oder der Verletzung der Amtspflicht enthalten. Vergl. I 3. Bedenklich ist die Annahme von R 10, 554, daß der Vorwurf eines ungebührlichen außeramtlichen Verhaltens genüge, wenn die Amtspflicht sich auf die außeramtliche Führung erstreckt; — bedenklich deshalb, weil die Rechtsprechung bei § 196 eine andere ist. Vergl. daselbst.
4. Die angezeigte Handlung muß objektiv unwahr sein. Dies kann sie auch durch Verschweigen solcher Umstände werden, durch welche die Strafbarkeit ausgeschlossen wird, oder durch Entstellung erheblicher Momente. E 28, 253. Gleichgiltig ist, ob die Beschuldigung direkt oder indirekt erfolgt. Mitteilung eines in Wahrheit gar nicht vorhandenen Gerüchtes genügt.

III. Zum **Dolus** gehört folgendes:

1. das Bewußtsein, daß die Beschuldigung unwahr sei. Erstattet jemand eine Anzeige, ohne positiv die Unwahrheit zu kennen, aber auf die Gefahr der Unwahrheit hin

Digitized by Google

handelnd, so thut er das nicht „wider besseres Wissen". In dieser Beziehung also genügt dol. event. nicht. E 18, 88. 32, 302;

2. das Bewußtsein, daß die angezeigte Handlung strafbar sei oder eine Verletzung der Amtspflicht enthalte;
3. das Bewußtsein, daß die Anzeige, sofern sie den Vorwurf einer strafbaren Handlung enthält, die Einleitung eines Strafverfahrens gegen den Beschuldigten zur Folge haben werde oder könne (dol. event.). Dieses Erfordernis folgt aus dem Begriffe der „Anzeige". E 8, 162. R 4, 522. Eine darüber hinausgehende Absicht in dem Sinne, daß die Veranlassung einer strafrechtlichen Verfolgung der Endzweck des Thäters sei, kann dagegen nicht verlangt werden. Demnach steht die Absicht, sich selbst oder einen dritten durch die Anzeige zu entlasten, dem Vorsatze nicht entgegen. R 4, 422. E 10, 274. — Anderseits aber geht die herrschende Lehre zu weit, wenn sie bei Beschuldigung wegen Verletzung einer Amtspflicht das Bewußtsein fordert, daß die Anzeige ein disziplinäres Einschreiten zur Folge haben werde oder könne. Hier muß schon das Bewußtsein genügen, daß die Anzeige dem Denunzierten in seinem Dienstverhältnisse von Nachteil sein könne.

IV. **Vollendet** ist das Delikt, sobald die Anzeige mit Willen des Thäters zur Kenntnis der Behörde gelangt ist. Vergl. o. III 2. Nachträglicher Widerruf, mag er direkt oder durch Zurücknahme der Privatklage oder des Strafantrags erfolgen, befreit nicht von Strafe. R 1, 245.

V. **Idealkonkurrenz** mit verleumderischer Beleidigung aus § 187 ist möglich. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß jede falsche Anschuldigung notwendigerweise eine verleumderische Beleidigung enthalte. Denn der Vorwurf vieler strafbarer Handlungen ist keineswegs geeignet, den Bezichtigten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden. Ebenso Oppenh.-Del. 20, Rüd.-Stengl. 12, Olsh. 7 zu § 187. A. A. Hälschner 2, 901. Über die Frage, ob beim Mangel des im § 164 geforderten subjektiven Thatbestandes Beleidigung übrig bleibt, s. § 193 III 2d.

VI. Die Vorschrift des zweiten Absatzes ist lediglich prozessualer Natur. Dazu E 31, 231. Über das Ruhen der Verjährung vergl. § 69.

§ 165.

Wird wegen falscher Anschuldigung auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Verletzten die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben, ist in dem Urteile zu bestimmen.

Dem Verletzten ist auf Kosten des Schuldigen eine Ausfertigung des Urteils zu erteilen.

Näheres über die Publikationsbefugnis s. § 200 und S. 34 III 1.

Elfter Abschnitt.

Vergehen, welche sich auf die Religion beziehen.

§ 166.

Wer dadurch, daß er öffentlich in beschimpfenden Äußerungen Gott lästert, ein Ärgernis giebt, oder wer öffentlich eine der christlichen Kirchen oder eine

Digitized by Google

andere mit Korporationsrechten innerhalb des Bundesgebietes bestehende Religionsgesellschaft oder ihre Einrichtungen oder Gebräuche beschimpft, ingleichen wer in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

I. Das Gesetz enthält in wenig glücklicher Vereinigung drei wesentlich verschiedene Delikte. Zunächst die **Gotteslästerung.** Daß dabei Gott nicht als das schutzbedürftige Angriffsobjekt der Handlung gedacht werden darf, ergiebt sich aus dem Erfordernis der Erregung eines Ärgernisses. Dieses besteht in der Verletzung des religiösen Gefühls, und gerade das religiöse Gefühl erscheint als Objekt der Handlung. Es genügt demnach nicht, daß die Äußerung geeignet ist, Ärgernis zu erregen, sondern sie muß thatsächlich ein solches erregen (E 16, 245), es muß also nachweisbar jemand in seinem religiösen Gefühl Anstoß an der Äußerung genommen haben und zwar durch die Äußerung als solche, sodaß Ärgernis bei nachträglichem Bekanntwerden derselben nicht ausreicht. Ist aber die Erregung von Ärgernis der Erfolg der Handlung, so muß auch der Vorsatz darauf gerichtet sein, d. h. der Thäter muß wissen, daß er durch die Äußerung jemanden in seinem religiösen Gefühle verletzt. A. A. Binding, Lehrb. 178. Eine darauf gerichtete Absicht ist allerdings nicht erforderlich. Dolus eventualis reicht aus. Die Äußerung muß öffentlich, d. h. so ergehen, daß ein größerer durch persönliche Beziehungen nicht zusammengehaltener Personenkreis unmittelbar Kenntnis nehmen kann. S. § 110 und E 22, 241.

Die Äußerung muß ferner eine beschimpfende sein und eine Lästerung enthalten, d. h. in roher Weise Mißachtung zum Ausdrucke bringen. Nach Binding, Lehrb. 179 bedeutet „lästern": in schmähender Weise Gottes Vollkommenheit verkleinern. Vergl. auch Olsh. 3. Die Roheit kann sowohl in der Form wie auch im Inhalte der Äußerung liegen. Damit stimmt sachlich das RG überein (E 27, 284. 28, 403. 30, 194. 31, 305), obwohl es wiederholt auf die Form Gewicht legt.

Endlich muß die Äußerung gemäß dem Sprachgebrauche des Gesetzes eine mündliche oder eine schriftliche sein. Symbolische „Äußerungen" oder bildliche Darstellungen gehören nicht hierher. Abweichend Kohler, Studien 1, 169.

Soll der Begriff der Gottheit nicht gänzlich verschwimmen, so muß er im Sinne der im Bundesgebiete mit Korporationsrechten versehenen Religionsgesellschaften gefaßt werden und zwar derart, daß er soweit reicht und mit den Eigenschaften ausgestattet ist, wie es irgend eine dieser Gesellschaften annimmt. Daher ist die Lästerung Christi und des heiligen Geistes als Gotteslästerung aufzufassen, freilich in subjektiver Beziehung nur dann, wenn der Thäter die christliche Auffassung in dieser Beziehung kennt. R 1, 43. Aus dem gleichen Grunde ist die Lästerung des „Gottes der Juden" strafbar. E 6, 77. A. A. besonders Binding, Lehrb. 179, Bott, Zur Lehre von den Religionsvergehen (1890) 21, Kohler, Studien 1, 168, Meyer 754. Nach der Meinung dieser Schriftsteller ist Gott das allen monotheistischen Religionen gemeinsame höchste Wesen.

II. Was das zweite Delikt, die **Beschimpfung von Religionsgesellschaften** betrifft, so handelt es sich dabei nicht um einen Schutz des religiösen Gefühls, sondern um einen Schutz der einzelnen Religionsgesellschaften als solcher. So mit Recht Wach, Ztschr. für Kirchenrecht 1, 196 und Preuß. Jahrb. 71, 102. Geschützt aber ist eine Religionsgesellschaft nur dann, wenn sie innerhalb des Deutschen Reichs mit Korporationsrechten versehen ist. Dieses Erfordernis muß auch für die christlichen „Kirchen" aufgestellt werden, sodaß die griechisch-katholische und die anglikanische Kirche, weil sie in Deutschland keine Korporationsrechte haben, des Staatsschutzes entbehren. A. A. Bott 32, Kohler, Studien 1, 174. Gleichgiltig ist dagegen, ob die Religionsgesellschaft im ganzen Gebiete des Reichs oder nur irgendwo innerhalb desselben mit Korporationsrechten versehen ist. Deshalb bezieht

Digitized by Google

sich der Schutz des § 166 auch auf die altkatholische Kirche, weil sie in Preußen als ein Teil der katholischen Kirche, in Bayern als besondere Religionsgesellschaft anerkannt ist. Insbesondere gehören auch die jüdischen Religionsgesellschaften hierher. Die öffentliche Beschimpfung (vergl. I) aber muß sich, um strafbar zu sein, beziehen entweder

1. auf die Religionsgesellschaft als solche oder
2. auf ihre Einrichtungen und Gebräuche. Dabei bezeichnet *Einrichtungen* die Ordnungen und Formen, welche von einer kirchlichen Autorität nach der Seite der innern und äußern Verfassung und nach der Seite der Religionsübung ins Leben gerufen und sanktioniert sind. Z. B.: Papsttum, Episkopat, Christusverehrung (E 2, 428), Zölibat, Predigtamt (E 9, 158), Meßopfer (E 27, 284), Institut der kirchlich approbierten Orden (E 33, 221 mit der Bemerkung, daß darum aber nicht der einzelne Orden mit seinen Regeln und Anordnungen durch § 166 geschützt sei). Dagegen bezeichnet *Gebrauch* die thatsächlichen Übungen, mögen sie auch nicht auf kirchliche Autorität zurückführbar sein. Immer aber muß der Gebrauch ein Gebrauch der Kirche oder Religionsgesellschaft als solcher sein. Persönliche Gepflogenheiten (z. B. gewisse Manieren des Geistlichen) gehören nicht hierher, ebensowenig vereinzelte Gebräuche einer Gemeinde oder Gegend (etwa: Echternacher Springprozession). Vergl. Kohler, Studien 1, 178. Anerkannt wurde als Gebrauch z. B. die Reliquienverehrung (E 22, 238) und das Gebaren der Geistlichen bei Beerdigungen (E 31, 133).

In *negativer Beziehung* ist folgendes zu bemerken:

1. Nicht strafbar ist die Beschimpfung der *Lehren* einer Religionsgesellschaft. Die herrschende Auffassung und die Praxis entziehen sich aber den Konsequenzen dieses vom Gesetze mit vollem Bewußtsein eingenommenen Standpunktes dadurch, daß sie eine indirekte Beschimpfung der Religionsgesellschaft selbst oder ihrer Einrichtungen durch Beschimpfung ihrer Lehren annehmen. Z. B. Beschimpfung des Apostolikums (R 3, 755) oder der päpstlichen Unfehlbarkeit (R 5, 677) oder der Bibel als Grundlage des christlichen Glaubens (R 8, 658). Dagegen mit Recht Bott 37, auch Binding, Lehrb. 180, während Wach, Ztschr. f. Kirchenrecht 2, 169 wenigstens anerkennt, daß sich der Handelnde der Beziehung des Dogmas zu der Religionsgesellschaft oder ihren Einrichtungen oder Gebräuchen bewußt sein müsse.
2. Nicht strafbar nach § 166 ist die Beschimpfung *einzelner* Personen, Thatsachen, Vorgänge, Erscheinungen, Gegenstände der Verehrung: z. B. des vatikanischen Konzils, des heiligen Rocks zu Trier, der Mutter Gottes (R 8, 512), Luthers als des Stifters der evangelischen Kirche (E 9, 158). Die Strafbarkeit beginnt vielmehr erst, wenn die Beschimpfung des einzelnen in die der allgemeinen Einrichtung oder des Gebrauchs übergeht. E 22, 238 (ein Urteil, das allerdings auf falschen thatsächlichen Erwägungen beruhen dürfte; vergl. Wach a. a. O. 182 ff.).

Die *Handlung* besteht hier in dem *öffentlichen Beschimpfen*, d. h. darin, daß öffentlich (vergl. o. I) in roher Weise Mißachtung kundgegeben wird. Erregung von Ärgernis ist nicht erforderlich. Äußert sich ein Geistlicher bei Ausübung seines Amtes über Einrichtungen und Gebräuche anderer Religionsgesellschaften in der Form, die den Quellen seiner eigenen Lehre entspricht, so kann darin keine Beschimpfung gefunden werden, vorausgesetzt, daß der Religionsgemeinschaft, welcher der Geistliche angehört, die Freiheit der Lehre zugestanden ist. Vergl. darüber einerseits Wach a. a. O., anderseits Binding, Lehrb. 182.

III. **Verübung beschimpfenden Unfugs in einer Kirche oder in einem andern zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte.** — In diesen Fällen kommt es nicht darauf an, ob die Handlung öffentlich erfolgt, ebensowenig darauf, ob durch sie Ärgernis erregt wird noch auch darauf, ob die Kirche usw. gerade zu religiösen Versammlungen einer mit Korporationsrechten ausgestatteten Religionsgesellschaft bestimmt ist, noch auch darauf, ob zur Zeit daselbst eine religiöse Versammlung stattfindet. E 31, 212. Ein Ort, der

Digitized by Google

nur gelegentlich, wenn auch regelmäßig, zu religiösen Versammlungen benutzt wird (Straßen zu Prozessionen), ist nicht dazu bestimmt; vergl. E 28, 303. 29, 334. Anderseits ist dauernde Bestimmung nicht erforderlich (Interimsdom). Friedhöfe dienen in erster Linie der Ruhe der Toten, sie sind aber hierher zu rechnen, sofern auf ihnen herkömmlicherweise bei Beerdigungen religiöse Versammlungen abgehalten werden. Denn in diesem Falle ist mit der Bestimmung als Beisetzungsort die der Abhaltung religiöser Versammlungen von selbst gegeben. Ähnlich R 7, 195 und Kohler, Studien 1, 194, auch Olsh. 17, Oppenh.-Del. 18. Unter allen Umständen rechnet Friedhöfe hierher Berner 443, während sie umgekehrt Hälschner 2, 711 immer ausschließt. — Die Handlung besteht in der Verübung von beschimpfendem Unfug, d. h. in einem solchen Betragen, das mit der Bestimmung des Ortes in Widerspruch steht und in besonders roher Form Mißachtung gegen die Heiligkeit des Ortes oder gegen die religiösen Gefühle anderer zum Ausdruck bringt. E 31, 410. 32, 212. R 7, 195. — Idealkonkurrenz mit § 167 ist möglich. Binding, Lehrb. 184.

§ 167.

Wer durch eine Thätlichkeit oder Drohung jemand hindert, den Gottesdienst einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft auszuüben, ingleichen wer in einer Kirche oder in einem anderen zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte durch Erregung von Lärm oder Unordnung den Gottesdienst oder einzelne gottesdienstliche Verrichtungen einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft vorsätzlich verhindert oder stört, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

I. Ebenso wie die vorhergehende enthält auch diese Stelle mehrere Delikte; zunächst die **Hinderung an Ausübung des Gottesdienstes.**

1. Der Gottesdienst läßt sich mit R 7, 363 definieren als „die Vereinigung der Mitglieder einer der christlichen Konfessionen oder einer andern im Staate bestehenden Religionsgesellschaft zur religiösen Erbauung durch Verehrung und Anbetung Gottes in dem dazu bestimmten Raume nach den Vorschriften und Gebräuchen und in den Formen ihrer Gemeinschaft". Zum Wesen des Gottesdienstes gehört hiernach namentlich, daß die Mitglieder der Religionsgesellschaft als solche Zutritt haben, und daß die betr. Kultushandlung zu ihrer Andacht und Erbauung bestimmt ist. Dadurch unterscheidet sich der „Gottesdienst" von den „einzelnen gottesdienstlichen Verrichtungen", z. B. von der Taufe oder der Einsegnung einer Ehe. A. A. Binding, Lehrb. 181. 182, der als Gottesdienst die von der Anstalt geordnete Verehrung Gottes versteht und weder Versammlung der Gemeinde, noch Abhaltung an dem gewöhnlichen gottesdienstlichen Orte fordert. — Versammlungen zu Unterrichtszwecken sind auch dann keine gottesdienstlichen, wenn sie in den zum Gottesdienst bestimmten Räumen abgehalten werden, z. B. Konfirmationsunterricht in der Kirche, Verlesen der Thora in der Synagoge (R 7, 363). Anderseits wird durch Vornahme gottesdienstlicher Handlungen außerhalb jener Räume der Begriff des Gottesdienstes nicht erfüllt, z. B. Prozessionen (E 28, 303) oder Privatandachten. (Zum jüdischen Gottesdienst ist, wie E 31, 410 berichtet, die Anwesenheit von mindestens zehn Männern erforderlich.)

   Der Gottesdienst muß der einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft sein. Bedarf die Religionsgesellschaft nach dem einschlagenden Staatskirchenrecht zu ihrem Bestehen einer staatlichen Genehmigung, so ist ohne eine solche nur ein „religiöser Privatverein" vorhanden. Korporationsrechte (wie im Falle des § 166) braucht die Religionsgesellschaft nicht zu haben. S. Olsh. 1. Vergl. dazu E 31, 237.

2. Die Handlung besteht darin, daß jemand durch eine Thätlichkeit oder Drohung (vergl. §§ 48 II 1 a. 94 I) an der Ausübung eines derartigen Gottesdienstes gehin-

Digitized by Google

dert wird. Einen Gottesdienst übt aber nicht nur aus, wer aktiv Kultushandlungen vornimmt, sondern auch wer nur als Andächtiger beteiligt ist. So die herrschende Lehre, die namentlich durch die Auslegung des § 136 des preuß. StGB's und den code pénal art. 260 gestützt wird. A. A. Kohler, Studien 1, 190, Binding, Lehrb. 182.

3. Die Rechtswidrigkeit wird namentlich durch Erziehungsrecht beseitigt. Auch gegenüber dem Gesinde oder Arbeiter ist die Hinderung berechtigt, wenn zu der Zeit des Gottesdienstes eine anderweite Thätigkeit von ihm verlangt werden kann. Vergl. auch E 34, 264 (polizeiliche Inhibierung einer staatsrechtlich unerlaubten Ausübung des Gottesdienstes).

II. Das zweite Delikt ist die **Störung des Gottesdienstes.** Von dem ersten unterscheidet es sich wesentlich dadurch, daß es sich nicht gegen den einzelnen, sondern gegen die Gemeinde richtet. Der Umstand, daß die Ausübung des Gottesdienstes polizeilichen Vorschriften widerspricht, ist nicht geeignet, den Charakter des Gottesdienstes zu beseitigen. E 34, 264. Im übrigen greift der Thatbestand des hier geregelten Delikts insofern über den des ersten hinaus, als er auch die Störung einzelner gottesdienstlicher Handlungen betrifft, aber auch diese nur unter der Voraussetzung, daß sie in der Kirche oder in einem andern zu religiösen Versammlungen bestimmten Orte vorgenommen werden. Vergl. § 166 III. (Der Thäter selbst braucht sich nicht in der Kirche usw. zu befinden. E 3, 397. 5, 258.) Sakramentaler Charakter gehört nicht zum Begriff der gottesdienstlichen Handlung. Es genügt jede auf dem Ritus beruhende und den rituellen Formen entsprechende Ausübung der Religion unter Assistenz eines Geistlichen. Daß dieser dabei aktiv beteiligt sei, erklären E 10, 42. R 9, 169 nicht für erforderlich. Doch soll das wohl nur bedeuten, daß Beginn und Ende der gottesdienstlichen Verrichtung nicht mit dem der geistlichen Thätigkeit zusammenfallen.

Die Handlung besteht in der Erregung von Lärm oder Unordnung, der Erfolg in der Verhinderung oder Störung des Gottesdienstes oder der gottesdienstlichen Verrichtung. Verhinderung oder Störung müssen einen allgemeineren Charakter erreichen, anderseits aber ist Verhinderung oder Störung des Geistlichen nicht erforderlich. Störung der Andacht der Gemeinde genügt. E 10, 42. 17, 316.

Über Ausübung der Notwehr während des Gottesdienstes vergl. § 53 II. Abgesehen hiervon nimmt E 5, 258 an, daß bei Ausbruch eines Brandes ein Recht zur Störung des Gottesdienstes vorliege. Dies rechtfertigt sich unter dem Gesichtspunkte des Notstandes.

III. Vergl. § 339 Abs. 3.

§ 168.

Wer unbefugt eine Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person wegnimmt, ingleichen wer unbefugt ein Grab zerstört oder beschädigt, oder wer an einem Grabe beschimpfenden Unfug verübt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

I. Wie die vorhergehenden Stellen, so enthält auch diese mehrere verschiedene Delikte. Das erste ist der mißbräuchlich sog. **Leichendiebstahl** (auch Leichenraub). Mißbräuchlich ist die Bezeichnung deshalb, weil ein Diebstahl im Sinne des § 242 gerade nicht vorliegt. Denn wie sich aus der systematischen Stellung ergiebt, wird eine solche Leiche vorausgesetzt, die nicht zum Objekte eines Eigentumsrechts geworden, also keine „fremde" Sache ist. Vergl. § 242 III 2 d. Unter Leiche werden wir zu verstehen haben: den leblosen menschlichen Körper bis zu dem Zeitpunkte, wo der Zusammenhang zwischen den Teilen des Körpers durch den Verwesungsprozeß oder eine gleichzustellende Vernichtungsart vollständig aufgehoben ist. Demgemäß scheidet der unentwickelte Fötus aus dem Begriffe der Leiche

Digitized by Google

aus. Desgleichen die Asche des Verbrannten. Dagegen hat man den Körper des totgeborenen Kindes mit dem allgemeinen Sprachgebrauche als Leiche anzusehen. Ebenso Olsh. 2, Kohler, Studien 1, 205. A. A. Binding, Lehrb. 184, Crusen, Der strafrechtliche Schutz des Rechtsgutes der Pietät (1890) 27. Das Fehlen einzelner Körperteile steht dem Begriff der Leiche nicht entgegen.

Geschützt ist nur die Leiche, die im Gewahrsam der dazu berechtigten Person steht. Gewahrsam kann hier wegen der eigentümlichen Natur des Objekts nicht ganz im Sinne des § 242 verstanden werden, sondern bezeichnet „Obhut, Bewahrung". Crusen 42, Olsh. 3, Villnow, GS. 31, 544. Als berechtigt zur Ausübung des Gewahrsams wird man diejenigen Personen anzusehen haben, denen die Sorge für die Bestattung obliegt, und bevor diese die Obhut übernommen haben, jeden, der sie thatsächlich ausübt, z. B. die Polizei. Besondere Berechtigungen können sich aus partikularen Vorschriften ergeben, z. B. für Hospitalverwaltungen. Wer die Bewachung nur im Auftrage einer andern Person übernimmt, übt auch nur deren Gewahrsam aus, kann also Thäter des Delikts sein. Dies gilt besonders bei bestatteten Leichen für die Friedhofswärter. Ebenso Olsh. 4, Oppenh.-Del. 2, Rüd.-Stengl. 3 gegen Crusen 45 u. a. Unverwahrte Leichen und solche, die sich nicht im Gewahrsam gerade der Berechtigten befinden, können straflos weggenommen werden.

Die Handlung besteht in der Wegnahme, d. h. in dem Bruche des Gewahrsams. Daß eigener Gewahrsam begründet werde, wird man mit Rücksicht auf den Zweck der Bestimmung nicht verlangen dürfen. So die herrschende Lehre.

Eine Befugnis zur Wegnahme wird, abgesehen von ausdrücklicher Erlaubnis, besonders durch strafprozessuale Vorschriften begründet. Über Wegnahme von Leichenteilen s. § 367 Nr. 1.

II. Das zweite Delikt ist die **Zerstörung oder Beschädigung eines Grabes.** Grab ist die äußerlich erkennbar gemachte Stelle, an der eine Leiche zur Ruhe niedergelegt ist, sofern diese Niederlegung nicht eine bloß vorübergehende ist (z. B. Leichenhalle). So im wesentlichen Crusen 57, Meyer 759, Olsh. 6. Gegen das Erfordernis der äußerlichen Kenntlichkeit Kohler, Studien 1, 216, Binding, Lehrb. 185. Erst durch die Einbettung der Leiche wird der Begriff des Grabes erfüllt. Deshalb gehört auch die Leiche mit dem Sarge zum Grabe und zwar in dem Sinne, daß Beschädigung oder Wegnahme dieser Teile eine Beschädigung des Grabes in sich schließen, selbst dann, wenn das Grab noch nicht zugeworfen ist. E 12, 168. 28, 139. Im übrigen ist es bestritten, ob zum Grabe nur die „immobiliare Umhüllung des Leichnams" gehört (so Kohler, Studien 1, 214) oder auch das Grabmal, die organisch verbundenen Gewächse und das Gitter. Die herrschende Lehre ist letzterer Ansicht, so z. B. E 9, 399 bezüglich eingepflanzter Bäume und Töpfe. Vergl. besonders Olsh. 6 und Crusen 59. Allerdings entspricht diese Auffassung dem Zivilrechte, doch dürfte sie kaum die des StGB's sein. Denn der Umstand, daß die Zerstörung oder Beschädigung des Grabdenkmals in § 304 besonders erwähnt wird, erklärt sich nur dadurch, daß eben das Grabdenkmal nicht zum Grabe gehört. E 7, 190 giebt denn auch ausdrücklich zu, daß das Abpflücken äußeren Blumenschmuckes selbst dann ohne weiteres noch keine Beschädigung des Grabes darstelle, wenn der Schaden sich in Geld veranschlagen lasse. Am entschiedensten gegen die herrschende Lehre Meves, GS 37, 371. Crusen 61 will unterscheiden, ob das Abpflücken von Blumen u. s. w. eine Verletzung der Pietätsgefühle enthält oder nicht. — Daß lose aufgelegte Kränze und Blumen nicht zum Grabe gehören, wird allgemein anerkannt. E 21, 178.

In der Verletzung des Pietätsgefühls ist allerdings der legislative Grund der Pönalisierung überhaupt zu finden. Deshalb ist die Beschädigung eines Grabes, an das sich keine Pietätsgefühle mehr knüpfen (z. B. Hünengräber), höchstens als Sachbeschädigung zu bestrafen. Anderseits erfordert der Vorsatz nicht etwa die Absicht der Pietätsverletzung.

Eine Befugnis zur Beschädigung oder Zerstörung des Grabes kann namentlich durch die Friedhofsordnung begründet sein.

Digitized by Google

III. Das dritte Delikt ist die **Verübung von beschimpfendem Unfug an einem Grabe.** Die herrschende Lehre identifiziert stillschweigend „an" mit „gegen", betrachtet also das Grab als Objekt des Unfugs. S. außer Olsh. 8 besonders R 9, 339. E 21, 178. Dagegen führt Crusen 68 mit Recht aus, daß „an" bedeute: in unmittelbarer Nähe eines Grabes und in Beziehung auf dasselbe. S. auch Binding, Lehrb. 187. In subjektiver Beziehung ist erforderlich, daß die Handlung als roher Ausdruck der Mißachtung gegen den Toten erscheint. Vergl. § 166 III.

Zwölfter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen in Beziehung auf den Personenstand.

§ 169.

Wer ein Kind unterschiebt oder vorsätzlich verwechselt, oder wer auf andere Weise den Personenstand eines Anderen vorsätzlich verändert oder unterdrückt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren und, wenn die Handlung in gewinnsüchtiger Absicht begangen wurde, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. Durch die Geburt, Annahme an Kindesstatt, Legitimation und Ehe tritt der Mensch in eine Reihe von familienrechtlichen Beziehungen ein, die man in ihrer Gesamtheit als seinen **Personenstand** bezeichnet. Demgemäß definiert E 25, 188 den Personenstand als das familienrechtliche Verhältnis einer Person zu andern Personen. Ähnlich Binding, Lehrb. 231: Thatsache der Zugehörigkeit einer Person zu einer bestimmten Familie und ihre Lokalisierung darin. Vergl. Ges. v. 26./2 1875 über die Beurkundung des Personenstandes. Mit Recht hebt das zitierte Urteil hervor, daß auch der Tote einen Personenstand habe. Objekt des Delikts kann daher jede Person sein, die lebt oder gelebt hat, mit Ausnahme des Thäters selbst. Ebenso Olsh. 3, v. Liszt § 113, Meyer 614, Rüd.-Stengl. 8. A. A. Oppenh.-Del. 4, der nur eine noch lebende Person als Objekt ansieht. Man wird aber, noch weiter gehend als die herrschende Lehre, in Übereinstimmung mit dem Ges. v. 26./2 1875 § 23 auch dem totgeborenen Kinde einen Personenstand zusprechen und daher auch dieses als Objekt des Delikts ansehen müssen. Ebenso v. Liszt § 113. — Zum Personenstande gehört auch das Geschlecht, weil es die familienrechtlichen Beziehungen mit bestimmt. Vergl. Binding, Lehrb. 234.

II. Das Gesetz hebt als wichtigsten Fall den historisch überkommenen der supposititio partus hervor, bestehend in der (vorsätzlichen) **Unterschiebung oder Verwechselung eines Kindes.** Unter einem Kind hat man hier ein solches menschliches Wesen zu verstehen, das wegen seines zarten Alters keinen klaren Einblick in seinen Personenstand hat. Ebenso v. Liszt § 113, Meyer 615, ähnlich Berner 446. (Dagegen legt Olsh. 8 Gewicht darauf, ob der Betreffende doli capax ist oder nicht.) Die Handlung kann in diesem Falle bestehen:

1. in einer Unterschiebung des Kindes, d. h. in einer Thätigkeit, zufolge deren ein fremdes Kind unter Täuschung der leiblichen Eltern als deren eigenes hingestellt wird. Thäter kann jedoch auch ein Elternteil sein, insofern er den andern täuscht;
2. in einer Verwechselung des Kindes, d. h. in einer Thätigkeit, zufolge deren ein Kind als ein anderes hingestellt wird, als es wirklich ist. Auch die Kinder derselben Eltern können verwechselt werden.

III. Außerdem kann die Handlung begangen werden:

Digitized by Google

1. durch **vorsätzliche Veränderung des Personenstandes eines andern** (also nicht der eigenen Person; daher Anmaßung eines falschen Personenstandes auf Grund dieser Stelle nicht strafbar). Einen Personenstand verändern heißt: einen thatsächlichen Zustand herbeiführen, vermöge dessen das familienrechtliche Verhältnis einer Person sich als ein anderes darstellt, als es wirklich ist. So R 6, 38. In dem Begriffe liegt also das Erfordernis einer Täuschung, und zwar muß sich die Täuschung gegen eine Person richten, deren Handlungen von Bedeutung für die äußere Auffassung des Personenstandes sind, und es muß endlich diese Täuschung auch von einem Erfolge begleitet sein, d. h. es muß ihr zufolge der Personenstand als ein anderer erscheinen, als er wirklich ist. Z. B.: es wird die Eintragung eines Kindes als von einer andern Mutter geboren, oder es wird die Eintragung eines unehelichen Kindes als eines ehelichen im Geburtsregister bewirkt. E 1, 9. Vergl. auch E 19, 405. 21, 411 (Idealkonkurrenz mit § 271). Oder: in einem familienrechtlichen Prozesse wird eine Person von einem Zeugen falsch identifiziert, und es ergeht daraufhin ein falsches Urteil (Idealkonkurrenz mit § 154);
2. durch **Unterdrückung des Personenstandes eines andern** (nicht des eigenen). Den Personenstand unterdrücken heißt einen thatsächlichen Zustand herbeiführen, vermöge dessen verhindert oder wenigstens erschwert wird, daß das wirklich vorhandene familienrechtliche Verhältnis einer Person zur praktischen Geltung gelangt. So R 6, 38. Im Gegensatz zur Veränderung des Personenstandes braucht also der Anschein eines falschen familienrechtlichen Verhältnisses nicht bewirkt zu werden. In der Unterlassung einer Anmeldung zum standesamtlichen Register *kann* Unterdrückung liegen, dann nämlich, wenn die Anmeldung unterblieb, um das familienrechtliche Verhältnis nicht zur praktischen Geltung gelangen zu lassen. Wurde aber dieser Zweck nicht verfolgt, vielmehr anderweit für die erforderlichen Identitätsnachweise gesorgt, so ist der Thatbestand nicht erfüllt. R 6, 38. E 10, 86. In der Vernichtung eines Identitätsbeweises kann Unterdrückung liegen.

IV. Der **Vorsatz** muß in allen Fällen darauf gerichtet sein, die praktische Bethätigung der durch den wahren Personenstand begründeten familienrechtlichen Beziehungen entweder dauernd oder doch zeitweise zu verhindern. Ähnlich R 5, 740. 6, 38. E 10, 86. Ein bloßer Scherz gehört also ebensowenig hierher, wie die Angabe eines falschen Namens gegenüber einem Beamten, um etwa den falsch Bezeichneten einem Strafverfahren zu entziehen. Vergl. oben III 2.

Strafschärfend wirkt *gewinnsüchtige Absicht*. S. darüber § 133.

V. *Als Dauerdelikt* sind die hier unter Strafe gestellten Handlungen nicht anzusehen. Ebenso Oppenh.-Del. 18, E 34, 24. Dagegen nehmen Olsh. 12, R 5, 740, E 23, 292 bei einer *fortgesetzten* auf *Veränderung* des Personenstandes gerichteten Thätigkeit ein Dauerdelikt an.

VI. **Idealkonkurrenz** ist namentlich möglich mit den Delikten aus §§ 221. 234. 235. 271. Zur Ergänzung vergl. Ges. über die Beurkundung des Personenstandes § 68. S. auch oben III 1.

§ 170.

Wer bei Eingehung einer Ehe dem anderen Teile ein gesetzliches Ehehindernis arglistig verschweigt, oder wer den anderen Teil zur Eheschließung arglistig mittels einer solchen Täuschung verleitet, welche den Getäuschten berechtigt, die Giltigkeit der Ehe anzufechten, wird, wenn aus einem dieser Gründe die Ehe aufgelöst worden ist, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des getäuschten Teils ein.

Digitized by Google

I. Der **Ehebetrug, auch Eheerschleichung** genannt, umfaßt zwei Fälle:

1. Das arglistige Verschweigen eines Ehehindernisses von seiten des einen Nupturienten gegenüber dem andern. Arglistig bedeutet das Bewußtsein, daß bei Kenntnis des Ehehindernisses der andere Teil die Ehe nicht eingehen würde, verbunden mit dem Bewußtsein, daß ihm durch den Eheabschluß etwas in seinem Sinne Übles zugefügt wird. Auf das letztere Moment legt besonders Olsh. 3 Gewicht. Formeller Abschluß der Ehe gehört zum Thatbestande. Prozeßvoraussetzung ist nicht nur der Antrag des getäuschten Teils, sondern auch die Auflösung der Ehe wegen des arglistig verschwiegenen Ehehindernisses. Hieraus ergiebt sich, daß nur ein trennendes, kein aufschiebendes gemeint ist. Gleichgiltig aber ist es, ob das trennende Ehehindernis Nichtigkeit oder nur Anfechtbarkeit der Ehe begründet (BGB §§ 1323 ff. 1330 ff.). Ebenso Olsh. 4. Ob übrigens die Auflösung der Ehe als Prozeßvoraussetzung oder als Bedingung der Strafbarkeit oder gar als Thatbestandsmoment aufzufassen sei, ist ebenso bestritten, wie beim Ehebruch. S. § 172 III.
2. Das arglistige (s. o. 1) Verleiten zur Eheschließung mittels einer solchen Täuschung, welche den Getäuschten berechtigt, die Giltigkeit der Ehe anzufechten. Auch hier gehört der formelle Abschluß der Ehe zum Thatbestand und ist die Verfolgbarkeit von dem Antrage des getäuschten Teils und der Auflösung der Ehe abhängig. Die Auflösung muß in diesem Falle wegen der Täuschung erfolgt sein. Ehescheidung genügt nicht. Ebenso die meisten, bes. Olsh. 6.

II. Der Strafantrag kann auch von den in § 65 bezeichneten Personen gestellt werden. Das „nur" im zweiten Absatz soll lediglich den Verletzten bezeichnen. So die meisten. Vergl. Olsh. 7.

Dreizehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die Sittlichkeit.

§ 171.

Ein Ehegatte, welcher eine neue Ehe eingeht, bevor seine Ehe aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist, ingleichen eine unverheiratete Person, welche mit einem Ehegatten, wissend, daß er verheiratet ist, eine Ehe eingeht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Die Verjährung der Strafverfolgung beginnt mit dem Tage, an welchem eine der beiden Ehen aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist.

I. Über die Frage, ob der Konkubinat landesrechtlich bestraft werden kann, vergl. EG § 2 III 4.

II. Von außerhalb dieses Abschnittes stehenden Vorschriften sind zu vergleichen § 361 Nr. 6, HGB § 82, GO §§ 126 ff., Ges. üb. d. Auswanderungswesen v. 9/6 1897 § 48.

I. Die jetzige Fassung der Stelle beruht auf EG z. BGB Art. 34 V.

II. **Der objektive Thatbestand der Bigamie oder Doppelehe** fordert, daß eine Ehe zwischen zwei Personen abgeschlossen wird, von welchen mindestens die eine bereits in einer andern formell abgeschlossenen, wenn auch nichtigen, Ehe lebt. Wo die frühere Ehe abgeschlossen wurde, ob im In- oder Auslande, ist gleichgültig, wenn sie sich nur als „Ehe" auffassen läßt. Mit der herrschenden Lehre wird man die muselmännische Vielehe immer noch als Ehe anzusehen haben und somit den nach dem morgenländischen Recht verheirateten

Digitized by Google

Muselmann auf Grund der vorliegenden Stelle bestrafen müssen, wenn er sich in Deutschland zu seinen Frauen noch eine neue nimmt. S. bes. Mainzer, Die Ehe im deutschen Reichsstrafrecht (1894) 15. A. A. Villnow GS 60, 124. Daß in Deutschland ein Türke nicht deshalb bestraft werden kann, weil er in seiner Heimat mehrere Ehen abgeschlossen hat, folgt aus § 4. Das Gleiche gilt aber auch für einen verheirateten Deutschen, der im Morgenlande eine neue Ehe eingeht. Dagegen mit Unrecht v. Weickhmann, Die Bielehe deutscher Reichsangehörigen (1895).

Nach deutschem Rechte besteht eine formell abgeschlossene Ehe formell so lange, bis sie durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst wird oder bis ein rechtskräftiges Urteil die Nichtigkeit oder die Scheidung der Ehe ausspricht. BGB §§ 1323 ff. 1564 ff. Einem solchen Urteil steht ein auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft lautendes nicht gleich. BGB §§ 1572. 1586. Ist ein Ehegatte für tot erklärt worden, so kann der zurückgebliebene straflos eine neue Ehe eingehen, es sei denn, daß er von dem Fortleben des für tot erklärten Kenntnis hätte. Ist gegen die Todeserklärung eine Anfechtungsklage erhoben worden, so ist während des Rechtsstreites der Eheabschluß zwar unerlaubt, aber nicht strafbar. Vergl. BGB §§ 1348. 1349.

III. **Im Anschlusse an den § 171 kann man zwischen eigentlicher und uneigentlicher Bigamie unterscheiden.** — Eben weil die uneigentliche zu einem del. s. g. erhoben ist, erscheint der ledige Teil nicht als bloßer Gehilfe, sondern als Mitthäter (selbstverständlich entsprechenden Dolus vorausgesetzt; s. u. V). Vergl. auch § 338. — Vielfach wird mit der Bigamie die intellektuelle Urkundenfälschung des § 271 ideell konkurrieren.

IV. **Vollendet** ist das Delikt der Bigamie nicht etwa erst mit dem Vollzuge der Ehe, sondern bereits mit deren formell korrekter (vergl. E 31, 439) Schließung, bei Abschluß in Deutschland durch den Standesbeamten, bzw. nach neuem Rechte mit der vor diesem abgegebenen Erklärung der Verlobten, die Ehe eingehen zu wollen. BGB § 1317. Der Versuch beginnt mit dem Eheschließungsakt, liegt also nicht etwa schon in dem Verlöbnis oder in dem Antrage auf Erlaß des Aufgebotes, selbst nicht in dem Erscheinen vor dem Standesbeamten zum Zwecke der Trauung, jetzt also (BGB § 1318) mit der Frage des Standesbeamten, ob die Verlobten die Ehe eingehen wollen. Vergl. § 52 des Ges. v. 6./2 1875 u. E 9, 84.

V. Der **Dolus** besteht bei der eigentlichen Bigamie in dem Bewußtsein, in einer Ehe zu leben, welche noch nicht aufgelöst oder für nichtig erklärt worden ist. Er wird ausgeschlossen durch die, wenn auch irrige, Annahme, der erste Ehegatte sei gestorben. Dolus eventualis genügt nach der herrschenden Lehre. Für die uneigentliche Bigamie gilt das Entsprechende mit dem selbstverständlichen Unterschiede, daß der Thäter wissen muß, der andere Teil lebe in einer noch nicht für aufgelöst oder nichtig erklärten Ehe.

VI. Trotz der im dritten Absatze gegebenen Vorschrift über die Verjährung ist die Doppelehe kein Dauerverbrechen, nach Abschluß der Ehe also keine Beihilfe mehr möglich. So die herrschende Lehre. E 15, 261.

§ 172.

Der Ehebruch wird, wenn wegen desselben die Ehe geschieden ist, an dem schuldigen Ehegatten, sowie dessen Mitschuldigen mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

I. **Begriff des Ehebruchs.** — Ehebruch ist die geschlechtliche Vereinigung zwischen zwei Personen verschiedenen Geschlechts, von welchen wenigstens die eine verheiratet ist. Vollendet wird der Ehebruch mit der Vereinigung der Geschlechtsteile (emissio oder gar immissio seminis nicht erforderlich). E 4, 23. Ein anderer geschlechtlicher Verkehr als der normale Beischlaf erfüllt den Begriff des Ehebruchs nicht. Sind beide Teile ver-

Digitized by Google

heiratet, so spricht man von Doppelehebruch. — Zweifellos setzt der Ehebruch eine formell giltig abgeschlossene Ehe voraus. Sehr bestritten aber ist (oder war wenigstens) die Frage, ob eine materiell nichtige Ehe gebrochen werden kann. Bejahend Meyer 735, Oppenh.-Del. 2, Rüb.-Stengl. 2, R 8, 227. Verneinend Binding, Lehrb. 220, Berner 453, Olsh. 2, v. Liszt § 116. Das BGB beruht auf dem Gedanken, daß die nichtige Ehe als nicht geschlossen gilt. Der erste Entwurf sagt das im § 1252 ausdrücklich, das Gesetz selbst erkennt den Gedanken in seinen Konsequenzen an. Vergl. A. B. Schmidt i. d. Beck'schen Kommentar 4, 89. Deshalb hat man sich nunmehr der verneinenden Ansicht anzuschließen. Ebensowenig ist nach Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft Ehebruch möglich. Folgt aus BGB § 1586. Ebenso Binding, Lehrb. 220. Vergl. auch Seckel, Die Aufhebung u. d. Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft (1900). A. A. Olsh. 2. Dagegen können in nur anfechtbarer Ehe lebende Personen einen Ehebruch begehen.

II. Der **Dolus** erfordert je nach den Umständen das Bewußtsein des Thäters, daß er selbst oder daß der andere Teil verheiratet sei.

III. **Die Verfolgung wegen Ehebruchs ist dadurch bedingt, daß wegen desselben die Ehe geschieden ist.** Scheidung aus einem andern Grunde genügt nicht; also z. B. nicht die Scheidung durch den Tod, ebensowenig die Scheidung wegen eines andern Ehebruchs, wohl aber gemäß BGB § 1586 die gerichtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft (BGB § 1575). Ebenso Binding, Lehrb. 222. Ist bei Doppelehebruch eine der Ehen wegen desselben geschieden, so sind beide Schuldige verfolgbar.

Welche juristische Bedeutung dem Erforderniß der Ehescheidung zukommt, ist bestritten. Nach der herrschenden Lehre erscheint es als Prozeßvoraussetzung. So Olsh. 6, Binding 1, 601, derf. Lehrb. 222, Hälschner 2, 472, E 7, 298. 15, 122. 261. 22, 135. Dagegen wird es als Bedingung der Strafbarkeit angesehen von v. Liszt § 116; als Thatbestandsmoment von Berner 453 und Rüb.-Stengl. 2. Die herrschende Lehre erscheint namentlich wegen der Analogie des § 238 als die richtige. Die Konsequenzen liegen wesentlich, wenn auch nicht ausschließlich, auf prozessualem Gebiete.

Einwilligung des verletzten Ehegatten in den Ehebruch, Teilnahme desselben oder Verzeihung stehen dem Scheidungsurteile entgegen. BGB §§ 1565. 1570. Aber auch wenn es ergangen ist, muß der Angeklagte im Strafprozesse mit der Berufung auf die Einwilligung gehört werden, weil das Zivilurteil den Strafrichter nicht bindet und die Einwilligung hier die Rechtswidrigkeit ausschließt. Denn, wie sich aus dem Antragserfordernis ergiebt, handelt es sich bei der Bestrafung des Ehebruchs nicht um den Schutz der Ehe als einer sozialen Institution, sondern um den Schutz des andern Ehegatten. Dafür spricht auch die Milde der angedrohten Strafe. Wesentlich übereinstimmend Olsh. 1, Binding 1, 715, derf. Lehrb. 221, Keßler GS 38, 571, hanseat. OLG 40. A. A. Meyer 736, Hälschner 2, 473, E 14, 202. S. o. S. 83.

IV. **Antragsberechtigt** ist der verletzte Ehegatte. Die Frist zur Antragsstellung beginnt nach der herrschenden Lehre erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils oder sogar erst mit dem Tage zu laufen, an welchem der Antragsberechtigte von der Rechtskraft des Scheidungsurteils Kenntnis erlangt. R 1, 180. 3, 181, E 26, 116. Im Verfolg dieser Meinung wird sogar ein vorher gestellter Strafantrag für unwirksam erklärt. Diese Ansicht läßt sich nur dann mit einem gewissen Rechte vertreten, wenn man die Ehescheidung als Bedingung der Strafbarkeit ansieht. Erkennt man aber in ihr eine Prozeßvoraussetzung, so fehlt es der erwähnten Ansicht an jedem stichhaltigen Grunde. Es ist nicht im entferntesten einzusehen, weshalb es unzulässig sein sollte, schon jetzt einen Strafantrag zu stellen, dem erst in der Zukunft und nur bedingungsweise Folge gegeben werden kann. Demnach gilt einfach die Regel des § 61. Ebenso Hälschner 1, 719, Meyer 308, Conrad Arch. 35, 17 ff.

V. Anders ist der **Beginn der Verjährungsfrist** zu beurteilen. Hier ist es nach der jetzigen Fassung des § 69 zweifellos, daß die Frist erst mit der Rechtskraft des Scheidungsurteils zu laufen beginnt.

Digitized by Google

§ 173.

Der Beischlaf zwischen Verwandten auf- und absteigender Linie wird an den ersteren mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, an den letzteren mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Der Beischlaf zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie, sowie zwischen Geschwistern wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Verwandte und Verschwägerte absteigender Linie bleiben straflos, wenn sie das achtzehnte Lebensjahr nicht vollendet haben.

I. Die hier behandelte **Blutschande** (der Inzest) wird nur durch Beischlaf begangen. Über den Begriff des Beischlafs s. § 172 I. — Über Verwandtschaft und Verschwägerung s. § 52 III.

II. Der Dolus fordert die Kenntnis der obwaltenden Verwandtschaft oder Verschwägerung. Die irrtümliche Annahme, daß man auf ein gewisses Verhältnis, z. B. zwischen Stiefvater und Stieftochter, den Begriff der Verschwägerung nicht anwende, entschuldigt nach der Auffassung des RG's nicht. E 12, 275. 34, 418. Dagegen Frank, Ztschr. 12, 283, Olsh. 3.

III. Einen besonderen, höchst persönlichen Strafausschließungsgrund statuiert das Gesetz für Verwandte und Verschwägerte (beide) absteigender Linie unter achtzehn Jahren. Die Annahme von E 19, 391, daß diese Personen lediglich Objekte der Handlung seien, entbehrt der überzeugenden Begründung. So besonders auch Olsh. 5, Binding, Lehrb. 230. Vergl. Frank, Ztschr. 12, 303. Daher ist derjenige, welcher den jugendlichen Deszendenten zum Beischlafe bestimmt, wegen Anstiftung zu bestrafen, während er nach der Ansicht des RG's nur Gehilfe wäre.

IV. Besteht zwischen den hier genannten Personen eine Ehe, so ist diese gemäß BGB §§ 1310. 1327 nichtig, gilt mithin als nicht abgeschlossen (§ 172 I), sodaß trotz formell bestehender Ehe der Beischlaf objektiv rechtswidrig bleibt. So bes. Olsh. 2. Auch schon für das frühere Recht hatte E 5, 159 dieselbe Ansicht vertreten. In subjektiver Beziehung aber ist zu beachten, daß durch irrtümliche Annahme der Rechtsbeständigkeit der Ehe der Dolus ausgeschlossen wird. A. A. Olsh. 3.

§ 174.

Mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren werden bestraft:

1. Vormünder, welche mit ihren Pflegebefohlenen, Adoptiv- und Pflegeeltern, welche mit ihren Kindern, Geistliche, Lehrer und Erzieher, welche mit ihren minderjährigen Schülern oder Zöglingen unzüchtige Handlungen vornehmen;
2. Beamte, die mit Personen, gegen welche sie eine Untersuchung zu führen haben oder welche ihrer Obhut anvertraut sind, unzüchtige Handlungen vornehmen;
3. Beamte, Ärzte oder andere Medizinalpersonen, welche in Gefängnissen oder in öffentlichen, zur Pflege von Kranken, Armen oder anderen Hilflosen bestimmten Anstalten beschäftigt oder angestellt sind, wenn

Digitized by Google

sie mit den in das Gefängnis oder in die Anstalt aufgenommenen Personen unzüchtige Handlungen vornehmen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

I. Die Stelle betrifft die Unzucht mit Verletzung eines Autoritätsverhältnisses. Allen hier behandelten Einzelfällen ist der **Begriff der unzüchtigen Handlung** gemeinsam. Schon im gemeinen Recht wurden Unzuchtsdelikte mit Fleischesverbrechen identifiziert, und diese Identifizierung reicht in ununterbrochener Tradition an das StGB heran. Es muß also der Handlung ein geschlechtlicher Charakter beiwohnen, und zwar ist dieser für die vorliegende Stelle näher dahin zu bestimmen, daß die Handlung objektiv den Anstand in geschlechtlicher Beziehung gröblich verletzen und subjektiv von wollüstiger Absicht getragen sein muß.

1. Die wollüstige Absicht besteht in Erregung oder Befriedigung des Geschlechtstriebes. So in wesentlicher Übereinstimmung die herrschende Lehre und das Reichsgericht. E 6, 116. R 1, 404. 4, 275. 5, 433. 708. E 23, 233. S. bes. Binding, Ztschr. 2, 450 ff. Vergl. auch § 183. Wenn aber häufig gefordert wird (z. B. Olsh. 5), daß die Absicht des Thäters darauf gerichtet sein müsse, gerade seinen eigenen Geschlechtstrieb oder den der Person, mit welcher er die Handlung vornimmt, zu erregen oder zu befriedigen, so geht dieses Erfordernis zu weit. Denn wie auch Olsh. 9 zugiebt, genügt es z. B., daß die Geschlechtsteile einer in der vorliegenden Stelle bezeichneten Person den Blicken eines Dritten preisgegeben werden, um dessen Geschlechtslust zu erregen. Als nicht unzüchtig im Sinne des Gesetzes erscheinen insbesondere solche Handlungen, bei denen der Thäter nur einen rohen Scherz oder eine Mißhandlung beabsichtigt, selbst wenn er dabei mit eigenen oder fremden Geschlechtsteilen operiert.
2. Trotz Vorhandenseins einer wollüstigen Absicht liegt eine unzüchtige Handlung dann nicht vor, wenn objektiv die Handlung den Anstand in geschlechtlicher Beziehung nicht gröblich verletzt. Z. B. wollüstiger Kuß, wollüstiges Bestreicheln der Backe; ob Betasten der Frauenbrust, wird bezweifelt, ist aber zu bejahen. Neuerdings läßt das RG das Erfordernis der gröblichen Verletzung fallen. E 32, 418 (direkt allerdings nur bzgl. des § 184). Unerheblich ist es, ob der geschlechtliche Charakter der Handlung auch dem andern Teile zum Bewußtsein kommt. R 3, 287. 261.

II. Die unzüchtigen Handlungen müssen überall „mit" einer der Autorität des Thäters unterstellten Person vorgenommen werden, d. h. es muß der Körper derselben irgendwie bei der unzüchtigen Handlung beteiligt sein. Daß aber gerade die Geschlechtsteile oder auch nur der nackte Körper der anderen Person berührt werden, ist nicht erforderlich. Dagegen genügt die Vornahme einer unzüchtigen Handlung in Gegenwart einer der genannten Personen nicht. R 3, 287. 621. 4, 899. Wenn in diesen Entscheidungen das „mit" dem „an" des § 176 gleichgestellt wird, so geht dies, wie Olsh. 9 ausführt, allerdings zu weit, und es fällt unbedenklich auch der Fall unter das Gesetz, bei dem mittels des Körpers der andern Person an dem des Thäters eine unzüchtige Handlung begangen, z. B. onaniert, wird.

III. Über die Straflosigkeit der Personen, „mit" welchen die Unzucht begangen wird, s. S. 69 V.

IV. Im einzelnen ist zu bemerken:

1. **Zu Nr. 1.** — Ein Vormund, der nur zur Kontrolle eines andern Vormundes berufen ist, hat keinen „Pflegebefohlenen", fällt daher auch nicht unter das Gesetz. Dies würde für den Gegenvormund des BGB's gelten. E 15, 72. 32, 103 stimmen hiermit insofern überein, als sie annehmen, daß ein nur mit der Vermögensverwaltung betrauter Vormund nicht hierher gehört (Gegenvormund des preuß. Rechts). Auch für das geltende Recht übereinstimmend Binding, Lehrb. 197.

Digitized by Google

A. A. Olsh. 12. — Über den Begriff der Adoptiv- und Pflegeeltern s. § 52 III. — Geistliche kommen nur gegenüber minderjährigen Schülern und Zöglingen, mithin nur als Lehrer oder Erzieher in Betracht, z. B. im Konfirmationsunterricht. E 11, 271. — Zu den Lehrern gehören auch Privatlehrer, wenn nach Lage der Umstände nicht nur ein wissenschaftliches oder künstlerisches, sondern gleichzeitig ein sittliches Autoritätsverhältnis vorliegt. E 10, 345. Unter ähnlichen Voraussetzungen fassen E 27, 129. 32, 59. 34, 311 auch den kaufmännischen wie den unter die GO fallenden Lehrherrn als Lehrer (und Erzieher) auf. — Der Erzieher unterscheidet sich von dem Lehrer dadurch, daß sein Autoritätsverhältnis die Lebensführung des andern Teils in größerem Umfange ergreift. Berufsmäßigkeit ist höchstens in dem Sinne erforderlich, wie der Begriff des Berufs in § 222 gebraucht wird. Auch derjenige ist Erzieher, der nur in einem Einzelfalle und ohne Erwerbsabsicht eine jugendliche Person „erzieht". Vergl. E 6, 233. 29, 49. 31, 203. — Die im § 173 genannten Personen gehören nur dann hierher, wenn sie gleichzeitig unter einen der im § 174 Nr. 1 aufgezählten Begriffe fallen. Zwischen leiblichen Eltern und ihren Kindern findet ein Pflegschaftsverhältnis niemals statt. E 3, 64. 7, 307. Ebensowenig kann man die Eltern jemals als „Erzieher" ihrer leiblichen Kinder ansehen. Auch macht der Umstand, daß der Vater seinem Sohne Privatstunden giebt, ihn nicht zum Lehrer desselben. Ist dagegen ein Verwandter aufsteigender Linie zum Vormund bestellt, so ist er auch als solcher verantwortlich. E 32, 103. — Zutreffenden Falls ist Idealkonkurrenz mit § 173 möglich. E 7, 307. 12, 292.

2. Zu Nr. 2. — Über den Begriff des Beamten s. § 359. — Unter der Obhut versteht E 19, 255 eine „mit der Pflicht der Aufsicht verbundene Fürsorge, vermöge deren ein Schutzverhältnis zwischen demjenigen, der die Obhut ausübt, und dem, dem sie zugeteilt wird, besteht".
3. Zu Nr. 3. — Auch hier ist für den Begriff des Beamten lediglich § 359 maßgebend. Ebenso Olsh. 15 u. R 6, 711. A. A. Oppenh. 12, Rüd.-Stengl. 11 (es komme nur auf ein Beamtenverhältnis gegenüber der Anstalt an, jedoch seien lediglich vorübergehend Beschäftigte ausgeschlossen). — Zum Begriffe der Medizinalpersonen gehört nach E 31 246, daß sie an der Ausübung der Heilkunde in selbständiger Weise beteiligt sind. Demnach würden Wärter nicht hierher zu rechnen sein. Vergl. Schultze i. d. ärztl. Sachverständigen-Zeitung 5, 163 ff.

§ 175.

Die widernatürliche Unzucht, welche zwischen Personen männlichen Geschlechts oder von Menschen mit Tieren begangen wird, ist mit Gefängnis zu bestrafen; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

I. Die hier behandelte Sodomie zerfällt in die sod. ratione sexus, mas cum mare, nur strafbar, wenn zwischen Personen männlichen Geschlechts begangen, und in die sod. ratione generis, homo cum bestia, strafbar ohne Rücksicht auf das Geschlecht. In beiden Fällen wird vorausgesetzt, daß beide Wesen leben. Straflos ist also die Leichenschändung und die Unzucht mit toten Tieren. S. bes. Wachenfeld, Homosexualität u. Strafrecht (1901) 40. Bei der sod. ratione sexus ist sowohl der aktive wie der passive Teil strafbar.

II. Was unter widernatürlicher Unzucht zu verstehen sei, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Aus der historischen Tradition folgt jedoch, daß nur beischlafsähnliche Handlungen darunter zu verstehen sind. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt das RG, indem es den Ton auf die Präposition „zwischen" legt im Gegensatz zu der in dem § 174 gebrauchten Präposition „mit". E 20, 225. Ebenso Wachenfeld a. a. O. 43 ff., der jedoch den Ausdruck „beischlafsartige" oder „beischläferische" Handlungen vorzieht. Was hierher

Digitized by Google

gehört, läßt sich freilich schwer feststellen. Jedenfalls ist beischlafsähnlich eine Handlung, bei der das männliche Glied in wollüstiger Absicht mit den Geschlechtsteilen oder den in unmittelbarer Nähe derselben befindlichen Körperteilen (namentlich dem After) eines andern Wesens in unmittelbare Berührung gebracht wird. Übereinstimmend bes. Wachenfeld a. a. O. 46. Samenerguß ist nicht erforderlich. Das RG, dem Wachenfeld 46 ff. beitritt, rechnet auch die immissio membri in os hierher; E 20, 225; dagegen nicht die gegenseitige Onanie. E 6, 211, R 4, 493. Vergl. auch E 23, 289.

III. Von hervorragender praktischer Bedeutung ist die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz mit § 176 Nr. 3 (Knabenschändung).

§ 176.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. mit Gewalt unzüchtige Handlungen an einer Frauensperson vornimmt oder dieselbe durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben zur Duldung unzüchtiger Handlungen nötigt;
2. eine in einem willenlosen oder bewußtlosen Zustande befindliche oder eine geisteskranke Frauensperson zum außerehelichen Beischlafe mißbraucht, oder
3. mit Personen unter vierzehn Jahren unzüchtige Handlungen vornimmt oder dieselben zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen verleitet.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

I. **Zu Nr. 1.** — Über den Begriff der unzüchtigen Handlung s. § 174 I. Die unzüchtigen Handlungen müssen an einer *Frauensperson* vorgenommen werden; Alter, Ruf und Geschlechtsreife sind unerheblich. (In letzterer Beziehung a. A. Hälschner 2, 223, 227.) Sie müssen *an*, d. h. an dem *Körper* der Frauensperson vorgenommen werden. Es genügt weder eine unzüchtige Handlung in Gegenwart einer Frauensperson, noch eine *mit* deren Körper (die Hand der Frauensperson wird gewaltsam an das männliche Glied geführt) vorgenommene. Vergl. § 174 II. Man wird angesichts dieser beschränkten Richtung der unzüchtigen Handlung mit der herrschenden Lehre auch weiter anzunehmen haben, daß nur eine gegen die *Person* des Frauenzimmers gerichtete Gewalt genügt. Vergl. §§ 52. 113. Der Thäter muß das *Bewußtsein der Gewaltanwendung* haben, also wissen, daß er einen Widerstand bricht. Erscheint ihm das Sträuben *nicht ernstlich* (vis haud ingrata), so fehlt es an dem *Dolus*. — Was die *Drohung* (§ 48 II 1a, § 52 I 2a) betrifft, so braucht sie nicht ernst gemeint zu sein. Es ist *objektiv* ausreichend, daß sie von der Frauensperson für ernstlich gemeint gehalten wird, und *subjektiv*, daß der Thäter mit diesem Umstande rechnet. Daß die Drohung gegen die Frauensperson selbst gerichtet sein muß, ergiebt die Vergleichung mit § 52. — *Thäter* kann auch eine Frauensperson sein. So die herrschende Lehre. Bei Gewaltanwendung von seiten der einen und Vornahme der unzüchtigen Handlung von seiten einer andern Person liegt (Einverständnis vorausgesetzt) Mitthäterschaft vor. A. A. scheinbar E 27, 422, aber doch wohl nur wegen mangelnden Einverständnisses. Auch der Ehemann kann das Delikt an der Ehefrau begehen, jedoch nur durch solche Handlungen, die außerhalb des normalen geschlechtlichen Verkehrs liegen.

II. **Zu Nr. 2.** — Die *unfreiwillige Schwächung oder Schändung* fordert als Objekt eine willenlose oder bewußtlose oder geisteskranke (vergl. § 51) Frauensperson.

Digitized by Google

Auch hier sind Alter, Ruf und Geschlechtsreife unerheblich. S. o. I. Unter willenlos wird man eine solche Frauensperson zu verstehen haben, die zwar bei Bewußtsein und geistig gesund, aber doch nicht im stande ist, einen Willen zu haben (z. B. wegen gänzlicher Erschöpfung) oder zu äußern (z. B. wegen Lähmung der Zunge oder der Glieder). Eine gefesselte Frauensperson gehört nicht hierher, wenn und solange sie ihren Willen äußern kann. Ebenso Olsh. 10, v. Liszt § 105. A. A. bes. Hälschner 2, 224. — Die Handlung besteht in dem Mißbrauche zum außerehelichen Beischlaf. Begriff des Beischlafs s. § 172. An dem Mißbrauche fehlt es aber, wenn die Frauensperson in willensfähigem Zustande die Einwilligung gegeben hat. Beischlaf mit der betrunkenen Zuhälterin gehört demnach nicht hierher. Ebenso v. Liszt § 105, Meyer 754. A. A. die meisten, auch Olsh. 13. Vergl. E 7, 425. Zum Dolus gehört die Kenntnis des vom Gesetze geforderten Zustandes der Frauensperson. — Daß Thäter nur diejenige Person sein könne, welche den Beischlaf mit dem Frauenzimmer vollzieht, sagt das Gesetz nicht. Es kann daher auch eine andere Frauensperson Thäterin (und mithin auch Mitthäterin) sein. Z. B.: eine Frau veranlaßt einen Mann, den Beischlaf mit einem bewußtlosen Mädchen zu vollziehen, dessen Bewußtlosigkeit nur der Frau, aber nicht dem Manne bekannt ist. A. A. die meisten, vergl. Binding, Lehrb. 203, Olsh. 12 und oben Vorbem. III z. 3. Abschn. d. 1. Teils. § 47 VI. — Erschwerter Fall § 174.

III. Zu Nr. 3. — Begriff der unzüchtigen Handlung s. § 174. Objekt ist hier eine unter vierzehn Jahren stehende Person, gleichgiltig welchen Geschlechts. Die Kenntnis des Alters gehört zum Dolus.

Die Handlung kann bestehen:

a) in der Vornahme unzüchtiger Handlungen mit einer Person unter vierzehn Jahren. Hierher gehört auch der Vollzug des Beischlafs von seiten einer Frauensperson mit einem Knaben unter 14 Jahren, selbst wenn die Initiative von diesem letzteren ausging. E 10, 161;

b) im Verleiten einer solchen Person zur Verübung oder Duldung unzüchtiger Handlungen. Verleiten erfordert eine Beeinflussung des Willens, jedoch kann auf seiten des Kindes kein Bewußtsein von der Bedeutung der Handlung gefordert werden. E 21, 33. Ob die unzüchtigen Handlungen mit dem Verleitenden oder mit einem dritten verübt werden, ist gleichgiltig. E 20, 30. Bei der Duldung unzüchtiger Handlungen sind solche gemeint, die der Verleitende oder ein dritter am Körper des Verleiteten vornehmen. E 26, 278. — Aus dem gleichen Grunde wie bei § 174 kann die unter vierzehn Jahren stehende Person unter keinem Gesichtspunkte verantwortlich gemacht werden (unbestritten). Dem Sinne des Gesetzes entspricht es auch, daß Thäter nur eine über vierzehn Jahre alte Person sein kann. Übereinstimmend v. Liszt § 105, Olsh. 16, a. A. bes. E 7, 352. 20, 181, Binding, Lehrb. 198. Für die hier vertretene Ansicht spricht auch der von v. Liszt a. a. O. hervorgehobene Gesichtspunkt, daß nach der Ansicht des RG's gegenseitige Onanie zwischen Knaben unter 14 Jahren strafbar, über 14 Jahre straflos wäre. Der Beischlaf zwischen Geschwistern unter 14 Jahren ist strafbar nach § 173 Abs. 2. Ist eines der konkumbierenden Geschwister über vierzehn Jahr alt, so liegt bei ihm Idealkonkurrenz zwischen §§ 173 und 176 vor. Nach Lage der Umstände ist auch Idealkonkurrenz mit § 174 und zwischen den einzelnen Nummern des § 176 denkbar.

§ 177.

Mit Zuchthaus wird bestraft, wer durch Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine Frauensperson zur Duldung des außerehelichen Beischlafs nötigt, oder wer eine Frauensperson zum außerehelichen Beischlafe mißbraucht, nachdem er sie zu diesem Zwecke in einen willenlosen oder bewußtlosen Zustand versetzt hat.

Digitized by Google

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

I. Der erste Teil betrifft die **eigentliche Notzucht.** Objekt: eine Frauensperson ohne Rücksicht auf Alter, Geschlechtsreife (a. A. v. Liszt § 105) und sittlichen Ruf. E 4, 23. Die Handlung besteht in der Nötigung zur Duldung des außerehelichen Beischlafs. Begriff des Beischlafs § 172. Wegen Gewalt und Drohung s. § 176 I. Identität der nötigenden und konkumbierenden Person ist nicht erforderlich. Schon aus diesem Grunde kann eine Frauensperson Thäterin sein. Hier übereinstimmend auch Olsh. 2; a. A. Binding, Lehrb. 200, Meyer 744. S. § 176 II. Bei Einverständnis zwischen dem Nötigenden und dem Konkumbierenden liegt Mitthäterschaft vor. E 3, 181 nahm vom Standpunkte der subjektiven Theorie aus nur Beihilfe seitens des Vergewaltigenden an. Fehlt es an dem Einverständnis, so ist die rechtliche Beurteilung je nach der Lage der Verhältnisse eine verschiedene. Vergl. § 47 III.

II. Der zweite Teil betrifft die **uneigentliche Notzucht oder erschwerte Schändung,** also einen Spezialfall von § 176 Nr. 2. Das qualifizierende Moment liegt hier darin, daß der Thäter nicht lediglich den ohne sein Zuthun herbeigeführten willenlosen oder bewußtlosen Zustand der Frauensperson benutzt, sondern selbst diesen Zustand herbeiführt. Bei einverständlichem Zusammenhandeln liegt hier wie sonst Mitthäterschaft vor. Z. B.: A betäubt die Frauensperson, B vollzieht den Beischlaf mit ihr.

III. Idealkonkurrenz der Notzucht mit dem Verbrechen des § 176 Nr. 1 ist ausgeschlossen, da die Notzucht einen Spezialfall darstellt. Deshalb kann unter Berücksichtigung des zu § 46 IV Ausgeführten E 23, 125 nicht gebilligt werden, nach welchem Urteile bei freiwilligem Rücktritt vom Notzuchtsversuche die Handlung aus § 176 strafbar bleibt. Mit dem RG übereinstimmend v. Liszt § 105, auch Olsh. 7, insofern er Idealkonkurrenz mit versuchter Notzucht und § 176 Nr. 1 für möglich hält. — Daß die erschwerte Schändung mit der einfachen nicht konkurriert, ist selbstverständlich. Zweifellos aber ist Idealkonkurrenz sowohl der erschwerten Schändung wie der Notzucht mit §§ 172. 173. 174. 176 Nr. 3 möglich. Mit Recht führt auch E 24, 201 aus, daß Idealkonkurrenz mit § 185 denkbar sei.

§ 178.

Ist durch eine der in den §§ 176 und 177 bezeichneten Handlungen der Tod der verletzten Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

Wegen des Kausalzusammenhangs s. § 1 V, wegen des Verschuldens § 59 VIII, wegen des Versuchs § 43 V 3. Die Frage, ob ein Fall des § 178 auch dann vorliegt, wenn die Genotzüchtigte bei der Niederkunft stirbt, ist mit der herrschenden Lehre zu bejahen. A. A. v. Schwarze 1.

§ 179.

Wer eine Frauensperson zur Gestattung des Beischlafs dadurch verleitet, daß er eine Trauung vorspiegelt, oder einen anderen Irrtum in ihr erregt oder benutzt, in welchem sie den Beischlaf für einen ehelichen hielt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Digitized by Google

I. Die Erschleichung des außerehelichen Beischlafs setzt als **Objekt** schlechthin eine Frauensperson voraus, ohne Rücksicht auf Alter und Ruf, ohne Rücksicht auch darauf, ob sie verheiratet ist oder nicht.

II. Die **Handlung** besteht in einem Doppelten:

1. in einer Täuschung, und zwar in der Art, daß ein thatsächlich außerehelich ausgeübter Beischlaf der Frauensperson als ein ehelicher dargestellt wird. Der positiven Täuschung steht die Benutzung eines Irrtums gleich. Als besondere Art der Täuschung wird die Vorspiegelung einer Trauung hervorgehoben, gleichgiltig, ob einer kirchlichen oder zivilen. Als „anderer Irrtum" kommt insbesondere der Fall in Betracht, daß der Thäter sich unter dem Schutze der Dunkelheit oder unter Benutzung der Blindheit der Frauensperson als Ehemann geriert. Dagegen gehört es nicht hierher, wenn der Thäter sich für den außerehelich Geliebten der Frauensperson ausgiebt;
2. in dem wirklichen Vollzug des Beischlafs mit der getäuschten Frauensperson und zwar in der Art, daß sie sich zufolge der Täuschung hingiebt. Es wird also Kausalzusammenhang zwischen der Täuschung und der Gestattung des Beischlafs gefordert. — Wer den Beischlaf ausübt, ist gleichgiltig. Regelmäßig wird es der Täuschende sein, nötig ist aber diese Identität nicht. Daher kann auch eine Frauensperson als Thäterin erscheinen. Bei einverständlichem Zusammenwirken besonders in der Art, daß der eine täuscht, der andere konkumbiert, liegt Mitthäterschaft vor. Ebenso die herrschende Lehre.

III. Der Versuch beginnt mit dem Anfange der Täuschung, genau wie beim Betrug.

IV. Da der Begriff des Verletzten stets eng zu interpretieren ist, so kann das Antragsrecht trotz der turbatio sanguinis nur der Frauensperson, nicht deren Ehemann zugestanden werden. E 12, 250. Doch kann ein von dem Ehemann gestellter Antrag Bestrafung wegen Beleidigung zur Folge haben. Die in dem zuletzt zitierten Urteil vertretene Ansicht, nach welcher zwischen den §§ 179 und 185 sogenannte Gesetzeskonkurrenz besteht, ist mit Recht von E 24, 201 aufgegeben worden. Denn es kann jemand sehr wohl das Delikt aus § 179 begehen, ohne den Vorsatz der Beleidigung zu haben (z. B. dann, wenn die Frauensperson eine Prostituierte ist).

§ 180.

Wer gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz durch seine Vermittelung oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet, wird wegen Kuppelei mit Gefängnis nicht unter Einem Monate bestraft; auch kann zugleich auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark, auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Gefängnisstrafe bis auf Einen Tag ermäßigt werden.

§ 181.

Die Kuppelei ist, selbst wenn sie weder gewohnheitsmäßig noch aus Eigennutz betrieben wird, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wenn

1. um der Unzucht Vorschub zu leisten, hinterlistige Kunstgriffe angewendet werden, oder
2. der Schuldige zu der verkuppelten Person in dem Verhältnisse des

Digitized by Google

Ehemanns zur Ehefrau, von Eltern zu Kindern, von Vormündern zu Pflegebefohlenen, von Geistlichen, Lehrern oder Erziehern zu den von ihnen zu unterrichtenden oder zu erziehenden Personen steht.

Neben der Zuchthausstrafe ist der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte auszusprechen; auch kann zugleich auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark, sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

Sind im Falle des Abs. 1 Nr. 2 mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

I. Die durch Ges. v. 25./6 1900 geänderten Stellen behandeln die Kuppelei. Das **Wesen der Kuppelei** besteht darin, daß der Unzucht Vorschub geleistet wird. Begrifflich erscheint die Kuppelei somit als Beihilfe zu fremder Unzucht. Da aber keineswegs jede Unzucht strafbar ist und doch anderseits die in gewissen Formen auftretende Vorschubleistung zu jeder Unzucht bestraft werden soll, so behandelt das StGB die Kuppelei als ein del. s. g. Ihr Verhältnis zur Beihilfe zu den Unzuchtsdelikten wird in dem Sinne zu bestimmen sein, daß Idealkonkurrenz möglich ist. Nähere Begründung s. 1. Aufl. Dagegen nimmt Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz (1900) 93 ff. an, die gewohnheitsmäßige Kuppelei sei nur ein subsidiäres Delikt. Wieder anders Binding, Lehrb. 205, nach welchem Alternativität der Strafgesetze vorliegt, in dem Sinne, daß der Richter das jeweils strengste anzuwenden habe. — Beizutreten ist allerdings Köhlers Ausführungen, nach denen Idealkonkurrenz zwischen Beihilfe zu § 179 und der Kuppelei des § 181 Nr. 1 ausgeschlossen erscheint.

II. Die **Art der beförderten Unzucht** wird im Gesetze nicht näher bezeichnet. Es ist daher Unzucht = unzüchtiger Handlung in dem zu § 174 entwickelten Sinne (ohne Rücksicht auf Strafbarkeit s. o. I). Nur giebt das Wort „Kuppelei" Anlaß zu der Beschränkung, daß es sich stets um Unzucht zwischen zwei Personen handeln muß. Ausgeschlossen sind somit namentlich die sod. rat. generis und die Unzucht am eigenen Körper. So die herrschende Lehre. Vergl. Olsh. 2 zu § 180, Meyer 749, E 11, 4. 25, 287. Dagegen beschränkt v. Liszt § 108 den Begriff der Unzucht auf den außerehelichen Beischlaf und auf die strafbare widernatürliche Unzucht zwischen Männern.

III. Die **Handlung** besteht darin, daß der Unzucht Vorschub geleistet, d. h. die Bedingungen für Ausübung der Unzucht günstiger gestaltet werden. Aber nicht jede Vorschubleistung genügt, sondern nur eine solche, die entweder in einer Vermittelung oder in einer Gewährung von Gelegenheit besteht.

1. Vermittelung bedeutet das Zusammenbringen der Personen, um deren Unzucht es sich handelt. Ebenso anscheinend v. Liszt § 108. Die herrschende Lehre begnügt sich mit einer Thätigkeit, welche die Annäherung der Personen ermöglicht. Z. B. es zeigt jemand einem andern die Wohnung einer Prostituierten, oder er macht ihn darauf aufmerksam, daß ein vorübergehendes Mädchen eine Prostituierte sei, oder er bezeichnet umgekehrt einer Prostituierten Männer, an die sie sich heranmachen könne. E 11, 149. 20, 201. 29, 108, Olsh. 6 zu § 180. Diese Ansicht widerspricht nicht nur dem Wortsinne, sondern vermengt auch unentwirrbar Vorbereitung und Ausführung. Vergl. die krause Kasuistik bei Oppenh.-Del. 5, 5a zu § 180. Mit Recht bemerkt übrigens Binding, Lehrb. 206, daß die Personen, wenn sie zusammengebracht werden, noch nicht zur Unzucht entschlossen zu sein brauchen.
2. Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit bezeichnet eine Thätigkeit, durch welche die Ausübung der Unzucht in örtlicher Beziehung unterstützt wird. Eine

Digitized by Google

Gelegenheit zur Unzucht ist gewährt, wenn der Thäter Räume, über die ihm selbst die Verfügung zusteht, jemanden zur Ausübung der Unzucht überläßt. Z. B. Vermieten einer Wohnung an Prostituierte, jedoch nur bei dem Bewußtsein, daß gerade in den vermieteten Räumlichkeiten Unzucht getrieben werden solle. R 1, 680. 2, 662. 10, 703. Eine Gelegenheit zur Unzucht ist verschafft, wenn der Thäter Räume, über die ihm an sich keine Verfügung zusteht, jemanden zur Ausübung der Unzucht anweist. Z. B. Zeigen eines geschützten Platzes. — Auch in dem Halten eines Bordells, selbst eines polizeilich konzessionierten, sieht das RG strafbare Kuppelei. E 1, 88. Vergl. darüber die Schrift: „Das deutsche StGB und die polizeilich konzessionierten Bordelle" (1877). Dagegen vermag E 29, 108 in der Thätigkeit, die ein Dienstbote im Bordell entwickelt, keine Kuppelei zu finden.

Auch durch Unterlassung kann Kuppelei begangen werden, nämlich dann, wenn eine Verpflichtung zur Abhaltung von der Unzucht besteht (a. A. Binding, Lehrb. 206). Eine derartige Verpflichtung läßt sich etwa bei den Eltern eines minderjährigen Kindes oder bei einem Erzieher annehmen. R 7, 33. 34, E 30, 25. Zu weit aber geht das RG, wenn es auch dem Hausherrn eine solche Verpflichtung auferlegt. R 1, 61. (Vergl. dazu E 24, 165.) Sehr bedenklich ist die von E 22, 332 (für das Gebiet des preußischen Landrechts) ausgesprochene Ansicht, daß auch der Ehemann rechtlich verpflichtet sei, seine Frau von der Ausübung der Unzucht abzuhalten. Gegen das Urteil auch Binding, Lehrb. 206.

Wegen des Zuhälters s. § 181a.

Die **Vollendung** setzt, nachdem durch die neue Fassung des § 181 früher bestehende Zweifel und Ungleichheiten beseitigt worden sind, nicht voraus, daß die Unzucht wirklich begangen ist. Vergl. Heilborn, Arch. 47, 219, Herr, Ztschr. 22, 193 ff (der die 2. Aufl. dieses Kommentars nicht beachtet), E 4, 252. 11, 149. 15, 361. 30, 321. Der **Versuch** ist nur in den Fällen des § 181 strafbar. — Einzelne Vorbereitungshandlungen (den „Mädchenhandel") stellt unter besondere Strafe Ges. über das Auswanderungswesen v. 9./6 1897 § 48. Vergl. darüber Binding, Lehrb. 207. 208.

IV. Der **Dolus** besteht in dem Bewußtsein, der Unzucht Vorschub zu leisten. Der Thäter muß demnach wissen, daß das von der unterstützten Person demnächst einzuschlagende Verhalten gegen die geschlechtliche Zucht und Sitte verstößt. Dieses Bewußtsein aber wird, wenn es sich um den Beischlaf unter Verlobten handelt, häufig fehlen. Zufolge mangelhafter Kenntnis der thatsächlichen Verhältnisse beachtet das RG (E 8, 172, R 7, 317) dieses Moment nicht. Die durch die Novelle gerade für Fälle dieser Art bestimmte Zulassung mildernder Umstände beseitigt wenigstens die schlimmsten Übelstände der Rechtsprechung. — S. noch u. V 2.

V. **Gewohnheitsmäßigkeit — Eigennutz — Kunstgriff — Autoritätsverhältnis.** — Liegen alle im Vorhergehenden aufgezählten objektiven und subjektiven Merkmale der Kuppelei vor, so ist sie doch nur strafbar, wenn eines der nachfolgenden Momente hinzutritt:

1. Gewohnheitsmäßige Begehung (§ 180). Vergl. § 74 V 5a.
2. Begehung aus Eigennutz (§ 180). Der Begriff des Eigennutzes stimmt im wesentlichen überein mit dem des Vorteils und verlangt wie dieser eine meßbare Besserung der Verhältnisse. Zu weit gehend E 16, 56. 26, 40, insofern die Erstrebung des eigenen materiellen Interesses ohne Rücksicht auf Moral und die Interessen anderer (daher auch Erstrebung des Beischlafs) für genügend angesehen wird. Zu eng v. Liszt § 108, welcher Eigennutz mit Vermögensvorteil indentifiziert. Vergl. § 49a VI 2.
3. Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe (§ 181). Hinterlist bezeichnet das Handeln hinter jemandes Rücken, hier also, daß infolge raffinierter Veranstaltungen eine der verkuppelten Personen nicht oder wenigstens nicht von vornherein weiß, worum es sich handelt. Z. B.: ein Mädchen wird in ein Bordell gelockt unter der Vorspiegelung, es handle sich um den Eintritt in ein anständiges Haus als Dienstmädchen.

Digitized by Google

4. Bestehen eines der im § 181 Nr. 2 bezeichneten Autoritätsverhältnisse zwischen dem Thäter einerseits und einer der verkuppelten Personen anderseits. Vergl. dazu § 174 Nr. 1. Zu bemerken ist, daß unter Eltern nur die leiblichen unmittelbaren Aszendenten zu verstehen sind. Ebenso Oppenh.-Del. 5 zu § 181. Dagegen rechnet Olsh. 4 zu § 181 „wegen der Analogie mit § 174 Nr. 1" auch die Stief- und Adoptiveltern hierher. Bezüglich der Stiefeltern ebenso E 6, 338. 21, 257. — Durch die Novelle ist das Verhältnis zwischen Ehemann und Ehefrau dem zwischen Eltern und Kindern gleichgestellt worden.

VI. **Teilnahme.** — Da die Kuppelei in jedem Falle ein selbständiges Delikt und nicht eine Form der Beihilfe ist, so kann strafbare Anstiftung und Beihilfe zu ihr begangen werden. Die verkuppelte Person aber kann sich nach richtiger Ansicht keiner Teilnahmehandlung schuldig machen. S. S. 69. Im Ergebnis übereinstimmend, abgesehen von Beling, Ztschr. 18, 271, alle Schriftsteller, auch die Kommentatoren, bes. Freudenthal, Die notwendige Teilnahme (1901) 119. Abweichend E 4, 252. 23, 69. 25, 369. — Weil die sog. schwere Kuppelei des § 181 nicht als ein qualifizierter Fall der einfachen (§ 180) erscheint, findet § 50 hier keine Anwendung. Wer also die ihr Kind verkuppelnden Eltern unterstützt, ist mit Zuchthaus zu bestrafen. E 22, 51. Umgekehrt würde aber derjenige, der einen dritten zur Verkuppelung seines (des Anstifters) Kindes bestimmt, gemäß § 180 nur mit Gefängnis zu bestrafen sein.

§ 181a.

Eine männliche Person, welche von einer Frauensperson, die gewerbsmäßig Unzucht treibt, unter Ausbeutung ihres unsittlichen Erwerbes ganz oder teilweise den Lebensunterhalt bezieht, oder welche einer solchen Frauensperson gewohnheitsmäßig oder aus Eigennutz in Bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährt oder sonst förderlich ist (Zuhälter), wird mit Gefängnis nicht unter Einem Monate bestraft.

Ist der Zuhälter der Ehemann der Frauensperson, oder hat der Zuhälter die Frauensperson unter Anwendung von Gewalt oder Drohungen zur Ausübung des unzüchtigen Gewerbes angehalten, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht, sowie auf Überweisung an die Landespolizeibehörde mit den im § 362 Absatz 3 und 4 vorgesehenen Folgen erkannt werden.

I. Die Stelle ist durch Ges. v. 25./6 1900 eingeschaltet worden mit Rücksicht darauf, daß der Zuhälter regelmäßig nicht auf Grund des § 180 bestraft werden kann. Mit Unrecht fand E 11, 149 in dem bloßen Begleiten oder Beschützen der Dirne den Thatbestand der Kuppelei.

II. Das Gesetz unterscheidet zwei Arten von Zuhältern (darüber, daß es deren Begriffe definiert s. Jaffa, Der Begriff des Zuhälters [1902] 18, E 34, 72; a. A. Schlecht, GS 60, 9).

1. **Zuhälter im engeren Sinne** ist eine männliche Person, welche von einer gewerbsmäßig (vergl. §§ 74 V 5a. 361 VI) Unzucht treibenden Frauensperson unter Ausbeutung ihres unsittlichen Gewerbes ganz oder teilweise den Lebensunterhalt bezieht. Ob die Bezüge in direkter Überweisung eines Teiles des Hurenlohnes bestehen oder in anderer Art, z. B. durch Bezahlung der Wohnung oder Kost, gewährt werden, ist gleichgiltig. Ein einzelner „Bezug" genügt, sofern er in der Absicht empfangen

Digitized by Google

wird, die wirtschaftliche Existenz darauf einzurichten. Das Erfordernis der Ausbeutung des unsittlichen Erwerbs besagt, daß sich der Thäter die Bezüge in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses, in dem die Dirne zu ihm steht, gewähren lassen muß. Ebenso bzgl. des Abhängigkeitsverhältnisses v. Liszt § 108, Herr, Ztschr. 21, 821 ff; dagegen Binding, Lehrb 211, Jaffa a. a. O. 12 ff, Heilborn, Arch. 47, 280, E 34, 212. Der gewinnsüchtigen Absicht steht nach E 34, 74 der Umstand nicht entgegen, daß jemand nur die Begleichung einer ihm gegen die Dirne zustehenden Forderung erstrebt; dagegen mit Recht Jaffa a. a. O. 16. 17, welcher die Erlangung übermäßiger Vorteile verlangt.

2. **Zuhälter im weiteren Sinne** ist eine männliche Person, die einer gewerbsmäßig Unzucht treibenden Frauensperson gewohnheitsmäßig (§ 74 V 5 a) oder aus Eigennutz (§§ 180. 181 VI 2) in Bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes Schutz gewährt oder sonst förderlich ist. In welcher Weise Schutz gewährt wird, ist gleichgiltig, sofern nur dadurch die Frauensperson in Beziehung auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes gefördert wird. Z. B. falsche Aussage zu Gunsten des gemäß § 361 Nr. 6 verfolgten Frauenzimmers.

Beide Arten des Zuhälters können nur bei einer Frauensperson vorkommen, die selbst gewerbsmäßige Unzucht treibt (§ 361 Nr. 6). Straflos ist also der „Zuhälter" der Kupplerin.

III. Abs. 2 enthält zwei qualifizierte Fälle. Zu dem zweiten ist zu bemerken, daß die Anwendung von Gewalt usw. für sich allein die Zuhälterei nicht begründet, vielmehr muß der Thäter Zuhälter nach Abs. 1 sein. Ein Fall der Anwendung von Gewalt usw. genügt; mehrere Fälle begründen keine Realkonkurrenz. Denn alle in § 181 a geregelten Delikte sind Kollektivdelikte. Vergl. § 74 V 5 a.

IV. Wegen der Teilnahme s. § 47 VI. § 48 III 1. § 49 II 6. Die Dirne selbst kann nicht wegen Beihilfe bestraft werden. S. S. 68, 69.

V. Idealkonkurrenz mit §§ 180. 181 ist möglich. Ebenso Binding, Lehrb. 210. Dagegen hält sie Olsh. 3 zwischen § 181 einerseits und der Zuhälterei im weiteren Sinne für ausgeschlossen. Allerdings handelt es sich bei dieser letzteren Form nur um eine besondere Art der Kuppelei in theoretischem Sinne.

VI. Wegen Überweisung an die Landespolizeibehörde vergl. § 362.

§ 182.

Wer ein unbescholtenes Mädchen, welches das sechszehnte Lebensjahr nicht vollendet hat, zum Beischlafe verführt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern oder des Vormundes der Verführten ein.

I. **Objekt** der „Verführung" ist ein Mädchen (also keine Witwe oder Frau, auch keine geschiedene). Dasselbe muß

1. **unbescholten** sein. Nach dem Zwecke der Bestimmung kann unbescholten nur in sittlich-geschlechtlicher Beziehung verstanden werden. Geschlechtliche Unversehrtheit gehört nicht zum Begriffe, denn das Mädchen kann durch Gewalt defloriert worden sein oder beim Defloration sakte nicht gewußt haben, worum es sich handelt. Anderseits kann Bescholtenheit auch durch unzüchtiges Gebaren ohne Vollzug des Beischlafs begründet werden. Ebenso Olsh. 1, E 32, 437. A. A. Binding, Lehrb. 196. Doch ist dabei auf die Anschauung derjenigen Kreise Rücksicht zu nehmen, denen das Mädchen angehört. So die herrschende Lehre und das RG, das sich jedoch über den letzten Punkt noch nicht ausgesprochen hat. R 3, 168. 4, 468. Anderseits aber steht es dem Thatbestande nicht entgegen, wenn das Mädchen erst nach Beginn des

Digitized by Google

sich über eine längere Zeit erstreckenden Verführungsaktes, aber vor Vollzug des Beischlafs beschoiten wird. E 32, 437. Im übrigen führt eine strenge Auslegung des Gesetzes zu folgendem Ergebnis. Als beschoiten kann man nur ein solches Mädchen bezeichnen, von dem ein unsittliches Verhalten (in seinem Bekanntenkreise) bekannt ist. In dieser Beziehung ebenso Binding a. a. O. Vollziehen also zwei Roués hintereinander den Beischlaf mit einem Mädchen, so ist nicht nur der erste, sondern auch der zweite strafbar. — Das Mädchen muß ferner

2. das **sechzehnte Lebensjahr** noch nicht vollendet haben. Wegen Berechnung des Lebensalters s. § 55 II. — Ist das Mädchen unter vierzehn Jahre alt, so liegt Idealkonkurrenz mit § 176 Nr. 3 vor.

II. Die Handlung besteht in einem Doppelten:

1. im **Verführen**, d. h. in dem Geneigtmachen zur Duldung des Beischlafs. Ob dies durch Erregung sinnlicher Begierden oder in anderer Weise erfolgt, ist gleichgiltig, irgendwelche psychische Einwirkung aber muß stattfinden. Daher trifft die Stelle nicht zu, wenn das Mädchen selbst die Initiative ergreift oder sich ohne weiteres preisgiebt, oder wenn es sich in einem willenlosen Zustande befindet. E 6, 135. — Da das Gesetz den unter sechzehn Jahren stehenden Mädchen einen besonderen Schutz gerade mit Rücksicht auf ihre Unerfahrenheit gewährt, so wird man den Begriff des Verführens auch dann als vorliegend anzusehen haben, wenn das Mädchen nicht wußte, worum es sich handelt, z. B. in dem Beischlaf einen Akt des Heilverfahrens sah. R 3, 168. A. A. Hälschner 2, 235. — Das Delikt wird vollendet mit

2. dem wirklichen **Vollzug des Beischlafs** mit dem Mädchen. Über den Begriff des Beischlafs s. § 172. Daß Verführer und Konkumbent identisch sind, wird allerdings die Regel bilden, ist aber keineswegs unbedingt erforderlich. Bestimmt A im Einverständnis mit B die X zum Beischlafe mit B, so liegt Mitthäterschaft vor. A. A. die herrschende Lehre, bes. Binding, Lehrb. 196, Hälschner 2, 234, v. Liszt § 107.

III. Zum **Dolus** gehört das Bewußtsein des Thäters, daß das Mädchen das sechzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat (vergl. § 59 II 1 a. III) und daß es unbeschoiten ist. Genauer durch Annahme der Beschoitenheit wird der Dolus ausgeschlossen; denn Unbeschoitenheit ist ein negativer Begriff. Vergl. R 4, 468.

IV. Mehrere Beischlafshandlungen derselben Person bewirken grundsätzlich keine Realkonkurrenz, weil es im allgemeinen zu den späteren keiner Verführung bedarf. Auch wird regelmäßig der Annahme eines fortgesetzten Delikts die inzwischen eingetretene Beschoitenheit entgegenstehen. Vergl. RG, Arch. 45, 276.

V. Das Delikt ist **Antragsdelikt**, und zwar erscheinen ausnahmsweise Eltern oder Vormund als antragsberechtigt zu eigenem Rechte. Dabei kann jeder Elternteil den Antrag für sich allein stellen. Dies ergiebt schon eine Vergleichung mit §§ 174 Nr. 1 und 181. Ebenso die herrschende Lehre und E 18, 101. Die Verführte selbst ist nicht antragsberechtigt.

§ 183.

Wer durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis giebt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu fünfhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

I. **Es fragt sich zunächst, ob unter unzüchtigen Handlungen auch unzüchtige Äußerungen zu verstehen sind.** Der Sprachgebrauch des Gesetzes (vergl. bes. § 163) spricht dafür, der des gewöhnlichen Lebens und die Entstehungsgeschichte sprechen dagegen. In letzterer Beziehung ist außer einer bestimmten Erklärung der Motive von Wichtigkeit, daß

Digitized by Google

zur Entscheidung der schon aus dem preußischen StGB herstammenden Kontroverse der Entwurf der Novelle v. 26./2 1876 ausdrücklich hinter Handlung die Worte „oder Äußerungen" aufgenommen haben wollte, der Reichstag aber diesen Zusatz ablehnte und von der alten Fassung im wesentlichen nur dadurch abwich, daß anstatt Gefängnisstrafe auch Geldstrafe zugelassen wurde. Man wird daher der engeren Auslegung den Vorzug zu geben haben. So auch Binding, Lehrb. 214, Meyer 747, Rüd.-Stengl. 1, Oppenh.-Del. 1. A. A. die herrschende Lehre und das RG, E 4, 130. R 6, 164.

II. Weiter fragt es sich, ob der **Begriff der unzüchtigen Handlung** in dem gleichen Sinne wie im § 174 zu nehmen ist. Fest steht, daß die Handlung auch hier einen geschlechtlichen Charakter haben muß, man wird aber eine wollüstige Absicht in dem zu § 174 erläuterten Sinne nicht fordern dürfen. Denn in der vorliegenden Stelle handelt es sich ganz wesentlich um die Wirkung der Handlung nach außen hin. Deshalb wird man im Anschlusse an Kohler, Arch. 45, 206 ff. sagen müssen, daß die Absicht genügt, etwas Geschlechtliches zum Ausdrucke zu bringen. Z. B. es wird zur Verspottung einer dritten Person der Beischlaf pantomimisch dargestellt. So bes. E 23, 234, vergl. auch E 28, 77. Hiermit stimmt es aber nicht überein, wenn R 6, 164 das Bewußtsein verlangt, daß durch die Handlung ein geschlechtlicher Reiz erregt werden könne Entblößen des männlichen Gliedes zum Zwecke der Befriedigung eines Bedürfnisses in Gegenwart von Frauenspersonen genügt nur, wenn der Thäter gleichzeitig die Absicht hat, dadurch etwas Geschlechtliches auszudrücken. Daß öffentliche Vollziehung des Beischlafs zwischen Ehegatten hierher gehört, wird allgemein anerkannt.

III. Das weitere Thatbestandsmerkmal der **Öffentlichkeit** bezieht sich nicht auf das Ärgernis, sondern auf die Handlung. So die herrschende Lehre. Öffentlich vorgenommen aber ist die Handlung, wenn sie von einem größeren, durch persönliche Beziehungen nicht zusammengehaltenen Personenkreise wahrgenommen werden kann. Völlig gleich ist, ob thatsächlich die Handlung nur von einer oder einigen wenigen Personen wahrgenommen wurde. Vergl. § 110 und E 16, 345. Das Bewußtsein, in dem ausgeführten Sinne öffentlich zu handeln, gehört jedenfalls zum Dolus. Nahm daher der Thäter an, daß durch die Umstände eine Wahrnehmung seitens dritter ausgeschlossen sei, so fehlt es an dem subjektiven Thatbestande. Dies ist von besonderer Wichtigkeit bei Vornahme unzüchtiger Handlungen an öffentlichen Orten. Vergl. damit E 1, 199. R 2, 449.

IV. Der Thatbestand erfordert endlich, daß jemand an der Handlung **Ärgernis** genommen habe, d. h. in seinem sittlichen Gefühl verletzt worden sei. Wer nicht in seinem eigenen sittlichen Gefühl verletzt wird, sondern nur die aus der Handlung erwachsenden Gefahren für andere (Kinder) befürchtet, nimmt keinen Anstoß. E 26, 370. Die bloße durch die Natur der Handlung gegebene Möglichkeit, daß jemand hätte Ärgernis nehmen können, genügt nicht. E 2, 196. R 2, 273. A. A. Rüd.-Stengl. 4. Vergl. im übrigen, namentlich auch hinsichtlich des Vorsatzes § 166, ferner v. Lilienthal, Ztschr. f. Schweizer Strafrecht 10, 55 ff., Kohler, Arch. 45, 175 ff.

§ 184.

Mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit einer dieser Strafen wird bestraft, wer

1. unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen feilhält, verkauft, verteilt, an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder anschlägt oder sonst verbreitet, sie zum Zwecke der Verbreitung herstellt oder zu demselben Zwecke vorrätig hält, ankündigt oder anpreist;
2. unzüchtige Schriften, Abbildungen oder Darstellungen einer Person unter sechzehn Jahren gegen Entgelt überläßt oder anbietet;
3. Gegenstände, die zu unzüchtigem Gebrauche bestimmt sind, an Orten,

Digitized by Google

welche dem Publikum zugänglich sind, ausstellt oder solche Gegenstände dem Publikum ankündigt oder anpreist;

4. öffentliche Ankündigungen erläßt, welche dazu bestimmt sind, unzüchtigen Verkehr herbeizuführen.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

I. **Zu Nr. 1 u. 2.** — Die durch Ges. v. 25./6 1900 neu gefaßte Stelle bezieht sich zunächst auf **unzüchtige Schriften, Abbildungen und Darstellungen.** Zur Beantwortung der Frage, wann eine Schrift usw. unzüchtig ist, wird von folgenden Erwägungen auszugeben sein. Zunächst liegt in dem Wesen des Unzüchtigen auch hier die Beziehung auf das Geschlechtsleben. Aber keineswegs ist jede diesen Gegenstand berührende oder behandelnde Schrift usw. eine unzüchtige. Man denke an physiologische Abhandlungen, anatomische Bilder und Risse. Auch das bloße Bewußtsein des Verfassers, Verfertigers oder Verbreiters, daß die Schrift unzüchtigen Zwecken dienen könne, genügt nicht. Denn es ist selbstverständlich, daß auch die wissenschaftlichste Darstellung zu solchen Zwecken verwendet werden kann. Man hat vielmehr eine geschlechtliche Absicht zu fordern in dem Sinne, daß durch die Schrift usw. ein geschlechtlicher Reiz hervorgerufen werden soll. Aber diese Absicht muß sich in der Schrift usw. verkörpern, sie muß darin objektiviert sein. Denn nicht die in unzüchtiger Absicht verfaßte Schrift fällt unter das Gesetz, sondern nur die thatsächlich, objektiv unzüchtige. Die Objektivierung der Absicht muß in der Art erfolgen, daß die Schrift usw. das Scham- und Sittlichkeitsgefühl eines unbefangenen dritten verletzt. Ähnlich E **30**, 378. **32**, 418, letztere Entscheidung mit der Ausführung, daß die Verletzung keine „gröbliche" zu sein brauche (anders z. B. das erstere Urteil). Vergl. auch E **33**, 17. Und zwar muß diese Objektivierung der unzüchtigen Absicht der Schrift in ihren Zusammenhängen anhaften. Nicht auf die Unzüchtigkeit einzelner Stellen, sondern auf die Unzüchtigkeit des Ganzen oder wenigstens größerer zusammenhängender Teile kommt es an. E **23**, 388. Werden aus nicht unzüchtigen Schriften die Partieen erotischen Inhalts gesondert veröffentlicht, so kann diesen Veröffentlichungen der Charakter der unzüchtigen Schrift beiwohnen. E **29**, 125. Daher läßt sich die unzüchtige Schrift definieren als eine Schrift, welche in ihrem Zusammenhange die Absicht, einen geschlechtlichen Reiz hervorzurufen, dadurch zum Ausdruck bringt, daß sie das Scham- und Sittlichkeitsgefühl unbefangener dritter Personen verletzt.

Den Gegensatz zu der geschlechtlichen Absicht in diesem Sinne bilden die wissenschaftliche und die künstlerische Absicht. Die letztere kann sich aber sehr nahe mit der geschlechtlichen berühren. Denn da jedes Kunstwerk eine geistige Nachbildung der in ihm dargestellten Situationen, ein Nachfühlen, Nachempfinden erwartet, so kann die Absicht des Künstlers allerdings auf die Erweckung geschlechtlichen Reizes gerichtet sein. Der Unterschied liegt aber darin, daß die künstlerische Absicht den geschlechtlichen Reiz um der Freude an der Schönheit des Kunstwerks willen erregt, die geschlechtliche Absicht dagegen nur um seiner selbst willen. Mit andern Worten: künstlerisch ist die Absicht dann, wenn der geschlechtliche Reiz nur als Mittel zu künstlerischen Zwecken erweckt werden soll, unzüchtig ist sie, wenn ein ideales Ziel jenseits des geschlechtlichen Reizes nicht vorhanden ist.

Hiermit stimmt die herrschende Lehre der Sache nach, wenn auch nicht in der Formulierung, wesentlich überein. Vergl. außer den Kommentaren und Lehrbüchern bes. Binding, Ztschr. **2**, 450 ff., Kohler das. **7**, 47 ff., Schauer, Zum Begriff der unzüchtigen Schrift (1893), Hatzipetros, Der Begriff der unzüchtigen Schrift (1896), R **3**, 52. E **21**, 306. **24**, 365.

Das von der unzüchtigen Schrift Gesagte findet entsprechende Anwendung auf unzüchtige Abbildungen und Vorstellungen.

Digitized by Google

Für die Frage, wessen Absicht in der Schrift usw. verkörpert sein muß, ist von Bedeutung, daß das Gesetz nicht die unzüchtige Verbreitung usw., sondern die Verbreitung einer unzüchtigen Schrift usw. mit Strafe bedroht. Wer in unzüchtiger Absicht ein wissenschaftliches Werk verbreitet, kann nicht auf Grund der vorliegenden Stelle bestraft werden. Regelmäßig kommt es also auf die Absicht des Verfassers, Zeichners, Malers usw. an. Vergl. E 24, 365. Es genügt aber auch, wenn eine andere bei der Herstellung beteiligte Person, z. B. der Drucker, Verleger, eine unzüchtige Absicht in der Schrift objektiviert hat. Dies kann z. B. dadurch geschehen, daß in einer bestimmten Ausgabe die Stellen geschlechtlichen Charakters hervorgehoben werden. E 4, 87. Oder auch dadurch, daß eine das sexuelle Leben behandelnde Schrift auf dem Titel als Lesebuch für Schüler bezeichnet wird. Dagegen kann die bloße Herstellung einer Volksausgabe eines sonst schwer zugänglichen Werkes mit geschlechtlichem Inhalt nicht als genügend angesehen werden. Ebenso Kohler a. a. O.

Die **Handlung** kann sein:

1. ein Feilhalten. S. darüber § 367 III;
2. ein Verbreiten. S. darüber § 110 2a. Die Thätigkeiten, welche das Gesetz als besondere Arten des Verbreitens hervorhebt („verkauft . . . . oder sonst verbreitet") genügen nur dann, wenn durch sie der Begriff des Verbreitens erfüllt wird (ebenso Olsh. 7, E 14, 397, R 9, 196); ein Verkauf an einzelne Personen somit nur, wenn thatsächlich die Schrift dadurch einem größeren Personenkreise zugänglich gemacht wird und der Verkäufer dies voraussieht. A. A. Binding, Lehrb. 216. Das Ausstellen oder Anschlagen der unzüchtigen Schrift usw. muß deren unzüchtigen Inhalt erkennbar machen. Ausstellen in der Art, daß nur der Titel erkennbar wird, genügt also nicht. E 14, 397. Es muß ferner erfolgen an Orten, welche dem Publikum zugänglich sind. An solchen Orten genügt auch (als nicht ausdrücklich hervorgehobene Art des Verbreitens) das für Passanten verständliche Vorlesen. Ebenso Binding, Lehrb. 217;
3. ein Herstellen oder Vorrätighalten zum Zwecke der Verbreitung;
4. ein Ankündigen oder Anpreisen. Vergl. dazu E 34, 317;
5. ein entgeltliches Überlassen oder Anbieten an Personen unter sechzehn Jahren. Hierher gehört auch das Leihen gegen Entgelt. Binding, Lehrb. 217. Nach Olsh. 10 kann auch eine Person unter 16 Jahren Thäter sein. Der Erwerber der Schrift usw. ist nicht strafbar. S. a. S. 68, 69.

II. **Zu Nr. 3. — Gegenstände, die zu unzüchtigem Gebrauche bestimmt sind,** sind solche, die zu einer im Widerspruch zur Zucht und Sitte stehenden Befriedigung des Geschlechtstriebs bestimmt sind. Das kann aber für antikonzeptionelle Gegenstände nicht gelten. Ebenso Binding, Lehrb. 217. A. A. die Motive zum Ges. v. 25./6 1898 (Drucks. d. Reichstags 10. Legislatur-Per. I. Sess. 1898/99 Nr. 112), Olsh. 11, E 34, 365. — Eine Ankündigung oder Anpreisung kann auch in einer solchen Annonce liegen, die nur Personen von einer gewissen Lebenserfahrung verständlich ist. E 34, 285. Die Ankündigung oder Anpreisung an das Publikum bestimmt E 34, 81 als eine solche an eine Mehrzahl unbestimmt welcher und wie vieler Personen, im Gegensatz zu einem individuell bestimmten, abgegrenzten Personenkreise. Binding, Lehrb. 217 nimmt an, daß die Ankündigung im Innern eines Barbier- oder Friseurgeschäfts nicht an dem Publikum zugänglichen Orten erfolge (?).

III. **Zu Nr. 4.** — Unzüchtiger Verkehr ist ein solcher zur Befriedigung des Geschlechtstriebs dienender, der mit Zucht und Sitte im Widerspruch steht. Über öffentliche Ankündigung s. o. II und E 34, 81, welches Urteil öffentliche Ankündigung und Ankündigung an das Publikum identifiziert.

IV. Zum **Dolus** gehört insbesondere das Bewußtsein der Unzüchtigkeit in dem bezeichneten Sinne, bei Nr 2 auch die Kenntnis des Alters.

V. Hinsichtlich der **Einziehung** ist zu unterscheiden

Digitized by Google

1. Wird ein Gegenstand der im Gesetze bezeichneten Art feilgehalten, verkauft, verteilt, ausgestellt, angeschlagen oder sonst verbreitet, zum Zwecke der Verbreitung hergestellt oder vorrätig gehalten, oder überlassen oder angeboten, so unterliegt er als instrumentum sceleris der Einziehung nach § 40. Handelt es sich um eine Schrift, Abbildung oder Darstellung, so ist auch Unbrauchbarmachung (§ 41) zulässig. E 32, 53.
2. Wird indessen ein Gegenstand nur angekündigt oder angepriesen, so ist seine Einziehung unstatthaft.

VI. In den Fällen der Nr. 1 u. 2 ist die **Verjährung**, sofern Preßges. § 22 eingreift, eine sechsmonatige, beginnend nicht mit der ersten Verbreitung, sondern mit der Thätigkeit, die speziell in Frage steht. Vergl. E 32, 69.

§ 184a.

Wer Schriften, Abbildungen oder Darstellungen, welche, ohne unzüchtig zu sein, das Schamgefühl gröblich verletzen, einer Person unter sechzehn Jahren gegen Entgelt überläßt oder anbietet, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

I. Eingeschaltet durch Ges. v. 25./6 1900. — Die hier erwähnten Schriften unterscheiden sich von den unzüchtigen des § 184 durch den Mangel der geschlechtlichen Absicht (§ 184 I). Sind die Schriften unzüchtig, so findet § 184 Nr. 2 Anwendung. Es genügt nur eine gröbliche Verletzung des Schamgefühls und zwar des Schamgefühls des „normalen Menschen". Über die Unbestimmtheit dieses Begriffs vergl. Frank, DJZ 5, 238. Einer unangemessenen Anwendung der Gesetzesstelle ist nur durch Betonung ihres Zwecks entgegenzutreten. Dieser ist aber ein doppelter:

1. Die Jugend soll behütet werden vor solchen Schriften usw., die geeignet sind, die Phantasie auf dem Gebiete des geschlechtlichen Lebens anzuregen.
2. Sie soll ferner behütet werden vor solchen Schriften usw., die, ohne auf das geschlechtliche Leben Bezug zu haben, geeignet sind, nach andern von dem Schamgefühl umfaßten Seiten hin (z. B. Urinieren u. ä.) zu verrohen.

Reproduktionen anerkannter und in Museen auch sonst der Jugend zugänglicher Kunstwerke wird man nicht hierher rechnen dürfen. Im übrigen ist bei Nuditäten das Geschlecht der Person, welcher überlassen oder angeboten wird, zu berücksichtigen.

II. Vergl. im übrigen § 184 I. IV.

§ 184b.

Mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten wird bestraft, wer aus Gerichtsverhandlungen, für welche wegen Gefährdung der Sittlichkeit die Öffentlichkeit ausgeschlossen war, oder aus den diesen Verhandlungen zu Grunde liegenden amtlichen Schriftstücken öffentlich Mitteilungen macht, welche geeignet sind, Ärgernis zu erregen.

I. Die Stelle wurde durch Ges. v. 5./4 1888 als zweiter Abs. des § 184 eingeschaltet, durch Ges. v. 25./6 1900 mit Rücksicht auf die gleichzeitige Erhöhung der seither in § 184 angedrohten Strafe in einen besonderen Paragraphen verwiesen. Vergl. GVG § 173.

II. Ist die Mitteilung eine öffentliche, d. h. einem größeren Personenkreise zugängliche, so kommt nichts darauf an, ob sie mündlich oder schriftlich erfolgt. Auch braucht hier im Gegensatz zu § 183 ein Ärgernis nicht wirklich gegeben zu sein, sondern es genügt die Möglichkeit eines solchen. (Entsprechender Dolus erforderlich, E 24, 4). Daß

Digitized by Google

die Mitteilung selbst eine unzüchtige, d. h. in geschlechtlicher Absicht gemacht sei, gehört nicht zum Thatbestande. E 21, 396.

Vierzehnter Abschnitt.

Beleidigung.

I. **Objekt der Beleidigung.** — Die Beleidigung ist nach der herrschenden Auffassung ein Delikt gegen die Ehre, nach Binding, Lehrb. 136 der Wille, der Respektierung der Ehre fordert; denn die Ehre als der dem Menschen als solchem und auf Grund seiner Handlungsweise zukommende Wert kann durch dritte nicht verletzt werden. Schon diese anscheinend geringfügige Differenz zeigt, wie schwankend der Begriff der Ehre ist. Mit Rücksicht hierauf suchen neuerdings Heß (Die Ehre und die Beleidigung des § 185 [1891]) und noch weiter gehend v. Bar, GS. 52, 81 ff. den Begriff der Beleidigung in anderer Weise zu fassen. Sie gehen von dem Wortlaut Beleidigung aus und definieren sie als Zufügung eines Seelenschmerzes, begangen durch Handlungen, welche eine Person in ihrem idealen Kerne, in ihrem Selbstgefühle treffen.

So wertvoll diese Auffassung de lege ferenda ist, so kann doch nicht zugegeben werden, daß sie mit dem geltenden Rechte übereinstimmt. Namentlich würde sie zu der Folgerung führen, daß eine Beleidigung nur dann gegeben wäre, wenn die betreffende Äußerung mit dem Willen des Thäters zur Kenntnis gerade der Person gelangt ist, auf die sie sich bezieht. Diese Auffassung lehnt aber v. Bar selbst ausdrücklich ab. Auch ist sie insbesondere mit dem Wesen der Majestätsbeleidigung nicht wohl vereinbar. Ebensowenig verträgt es sich mit der Ansicht v. Bar's, daß das positive Recht zweifellos in gewissem Umfange die Beleidigungsfähigkeit von Kollektivpersonen (§§ 196. 197) anerkennt. Gegen v. Bar auch Kohler, Arch. 47, 7, Binding, Lehrb. 133. Besteht das Wesen der Beleidigung somit nicht in der Zufügung eines Seelenschmerzes, so gehört zu ihrem Thatbestande auch nicht, daß der andere sie als solche empfinde. E 29, 398. — Es wird aber möglich sein, das Wesen der Beleidigung im Anschluß an den Gedankengang der herrschenden Auffassung zu bestimmen, ohne daß man gerade den allerdings sehr unbestimmten Begriff der Ehre zum Ausgangspunkte zu nehmen brauchte.

Zu den Rechtsgütern der Person gehört auch ihre soziale Stellung. Diese wird nicht nur durch Namen, Stand und Vermögen, sondern auch durch das Urteil der Mitmenschen begründet. In dieser letzteren Beziehung bildet sie das Angriffsobjekt der Beleidigung. Die Beleidigung wird unter Strafe gestellt, weil sie geeignet ist, das Urteil über den Beleidigten in ungünstigem Sinne zu beeinflussen und ihn so in seiner sozialen Stellung zu schädigen.

Dabei legt aber das Gesetz kein Gewicht darauf, ob im Einzelfalle eine Schädigung der sozialen Stellung eingetreten, auch nicht einmal darauf, ob im Einzelfalle eine Beeinflussung des Urteils der Mitmenschen herbeigeführt worden ist. Auch wenn ein notorischer Lügner einem notorischen Ehrenmanne vorwirft, er habe gestohlen, ist der Begriff der Beleidigung erfüllt.

Erfahrungsgemäß nämlich sind gewisse Handlungen, namentlich gewisse Äußerungen, geeignet, das Urteil über die Person, auf die sie sich beziehen, zu beeinflussen und so ihre soziale Stellung zu alterieren. Ob dies auch im Einzelfalle zutrifft, kann bei der Mannigfaltigkeit der einschlagenden Verhältnisse nicht geprüft werden. Es werden daher gewisse Handlungen und Äußerungen wegen ihrer generischen Gefährlichkeit unter Strafe gestellt ohne Rücksicht darauf, ob sie in concreto als gefährlich anzusehen sind oder nicht.

Somit ist Angriffsobjekt der Beleidigung die soziale Stellung der Person, soweit sie auf der Achtung der Mitmenschen beruht, die Belei-

Digitized by Google

digung selbst aber zu den abstrakten Gefährdungsdelikten zu zählen. So der Sache nach jetzt auch Kohler, Arch. 47, 10.

Das Urteil über eine Person aber kann in verschiedenen Beziehungen beeinflußt werden:

1. durch Kundgebung eigener Mißachtung (§ 185);
2. durch Kundgebung von (unwahren) Thatsachen, die sich auf sie beziehen (§§ 186. 187).

II. **Passive Beleidigungsfähigkeit.** — Die Frage: wer kann beleidigt werden? ist somit dahin zu beantworten: beleidigt werden kann jeder, dessen Thun und Treiben in der Art beurteilt wird, daß seine Wertschätzung und seine soziale Stellung davon abhängt. Dies trifft zweifellos bei jedem geistig gesunden erwachsenen Menschen zu, auch dann, wenn er mit Zuchthaus oder mit Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte bestraft worden ist. Bestritten aber ist die Frage der Beleidigungsfähigkeit:

1. bei Kindern. Hier muß sie von dem Augenblicke anerkannt werden, da der Charakter des Kindes eine seine Stellung in der menschlichen Gesellschaft beeinflussende Beurteilung erfährt. Genau läßt sich dieser Zeitpunkt nicht bestimmen. Es ist aber sicher, daß er der zivil- oder strafrechtlichen Verantwortlichkeit voraufgehen kann. Die herrschende Lehre unterscheidet nicht näher, sondern bejaht die Beleidigungsfähigkeit allgemein. Binding, Lehrb. 139, E 10, 372. 27, 366. Dagegen wird die Beleidigungsfähigkeit schlechthin verneint von John in Holtzendorff's Rechtslexikon „Beleidigung" S. 263 u. Heß a. O. 29. 32. Nach v. Liszt § 95 soll maßgebend sein, ob das Kind in einen gewissen Pflichtenkreis eingetreten ist und das Bewußtsein dieser Pflichten besitzt. Dagegen v. Bar a. a. O. Anm. 141;
2. bei Geisteskranken. Hier ist Beleidigungsfähigkeit mit der herrschenden Lehre schlechthin zu bejahen. E 27, 366. Denn auch der Geisteskranke unterliegt thatsächlich einer sozialen Wertschätzung.

   Selbstverständlich aber ist, daß Äußerungen oder Handlungen, die sich gegenüber einem erwachsenen geistig gesunden Menschen als Beleidigungen darstellen, im Einzelfall gegenüber einem Kinde oder einem Geisteskranken diesen Charakter verlieren können;
3. bei Verstorbenen. Da der Verstorbene keine soziale Stellung mehr hat, so kann er auch nicht beleidigt werden. So die herrschende Lehre. E 13, 95. Vergl. jedoch § 189. Eine wichtige Folgerung s. § 185 IV. Abweichend Meyer 418 und Amsler, Die Möglichkeit einer Injurie an Verstorbenen (1871);
4. bei „Kollektivpersönlichkeiten" (juristischen Personen, Vereinen). Sicher ist hier, daß die passive Beleidigungsfähigkeit positiv-rechtlich in einem bestimmten Umfange anerkannt wird, nämlich bei Behörden und politischen Körperschaften (§§ 196. 197, vergl. auch für die Kreditgefährdung § 187). Die herrschende Lehre erklärt nun, daß andere Kollektivpersonen nicht beleidigt werden können. E 1, 178. 3, 246. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Dispositive der einschlagenden Stellen eine ganz andere ist und die Beleidigungsfähigkeit der Behörden usw. als selbstverständlich voraussetzt. Man wird deshalb bei „Kollektivpersönlichkeiten" insofern passive Beleidigungsfähigkeit annehmen dürfen, als sie im Sinne des Rechts Persönlichkeiten, also juristische Personen sind. So bes. Kohler, Arch. 47, 141. Vergl. auch Wächter, Deutsches Strafrecht (1881) 388, Stenglein, GS. 42, 84. Dagegen aber mit Entschiedenheit Binding, Lehrb. 140.

III. **Beleidigung unter einer Kollektivbezeichnung.** — Die Person, gegen welche sich die Beleidigung richtet, braucht nicht mit Namen bezeichnet zu sein. Es genügt jede erkennbare Beziehung auf eine bestimmte Person. Richtet sich eine Beleidigung gleichzeitig gegen mehrere Personen, so liegt Idealkonkurrenz vor. Vergl. § 73 III.

Erkennbar kann die Beziehung auf eine bestimmte Person auch dann sein, wenn sich die Äußerung der Form nach gegen eine größere Anzahl Personen oder gegen einen ganzen Stand richtet. Wer z. B. in Gegenwart eines preußischen Offiziers oder während

Digitized by Google

von einem solchen die Rede ist, alle preußischen Offiziere als Feiglinge bezeichnet, beleidigt jedenfalls diesen einen. Sehr fraglich aber ist, inwiefern auch die andern als beleidigt angesehen werden können. Die neuere Praxis, welcher Binding, Lehrb. 143 sehr zuneigt, geht in dieser Beziehung sehr weit. Z. B. hat R 1, 292 angenommen, es liege in einer allgemein auf den preußischen Richterstand bezüglichen Äußerung eine Beleidigung jedes einzelnen Richters. Dagegen mit Recht Olsh. 11. Vergl. auch E 7, 169 und anderseits R 3, 606. Neuerdings hält es E 31, 185 sogar für möglich, alle in einer preußischen Provinz mit polnischer Bevölkerung lebenden Deutschen unter dieser Bezeichnung zu beleidigen, und E 33, 46 nimmt eine Kollektivbeleidigung der „Großgrundbesitzer" an. Den richtigen Gesichtspunkt stellt v. Bar a. a. O. § 34 auf. Nach ihm kommt es darauf an, ob die Bezeichnung so gehalten war, daß sie eine Schädigung der einzelnen Personen herbeiführen konnte oder nicht. (S. über die Schwierigkeit, in die das RG bei Beleidigung des „Richterstandes" wegen der Ausschließung und der Ablehnung gerät, E 24, 342. 25, 179). Gegen das RG auch Kohler, Arch. 47, 144 ff.

IV. Über die **Einwilligung des Verletzten** s. o. S. 83. Mit Recht legt E 29, 398 der Einwilligung einer solchen Person, die den beleidigenden Charakter der Handlung nicht erkennt, keine Bedeutung bei.

§ 185.

Die Beleidigung wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn die Beleidigung mittels einer Thätlichkeit begangen wird, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. **Wesen der formellen Beleidigung im allgemeinen.** — Wie sich aus den Vorbemerkungen zum 14. Abschnitte ergiebt, besteht das Wesen der hier behandelten sogenannten formellen Beleidigung in der Kundgebung der Mißachtung. Dabei kommt es gemäß dem Charakter des Delikts darauf nicht an, ob die Mißachtung der handelnden Person irgendwelche Bedeutung für die allgemeine Beurteilung der andern hat oder nicht. Vollendet aber ist die Beleidigung erst dann, wenn die Äußerung zur Kenntnis einer Person gelangt ist, mag dies diejenige sein, gegen welche sich die Beleidigung richtet, oder eine dritte.

II. **Richtung der Beleidigung gegen die Person als solche, aber ohne Beschränkung auf ihre sittlichen Qualitäten.** — Bestritten ist die Frage, ob die Beleidigung sich gerade auf die sittlichen Qualitäten beziehen muß, oder ob auch Mißachtung in anderer Beziehung genügt. Nach dem hier eingenommenen Standpunkte ist die Frage in letzterem Sinne zu entscheiden. Es ist nicht nur Beleidigung, wenn ich einem Richter vorwerfe, daß er bestechlich sei, sondern auch, wenn ich seine Rechtskenntnisse auf eine Stufe mit denen eines Kandidaten stelle. So die herrschende Lehre, während Hälschner 2, 167, Meyer 515, Kohler, Arch. 47, 29 ff. eine Beziehung auf die sittliche Seite verlangen. Erforderlich aber ist:

1. daß die Mißachtung sich auf ein Gebiet bezieht, auf dem der Betreffende gerade seiner sozialen Stellung nach Achtung erwarten darf. Deshalb ist es keine Beleidigung, wenn ich einen Dilettanten als schlechten Klavierspieler bezeichne;
2. daß die Mißachtung sich gerade gegen die Person und nicht gegen einzelne Leistungen derselben wende. Aus diesem Grunde ist Beleidigung zu verneinen, wenn jemand von einer einzelnen Rede des Reichskanzlers sagt, so habe auch ein Schornsteinfeger sprechen können. Ebenso Merkel 291, v. Bar, GS. 52, 103; vergl. auch Binding, Lehrb. 145. Abweichend R 1, 27 und die meisten.

III. **Form der Äußerung.** — In welche Form sich die Äußerung kleidet, ist an sich

Digitized by Google

gleichgiltig; es genügt, wenn Mißachtung in erkennbarer Weise zum Ausdruck gelangt. Einzelnes:

1. Man kann weder sagen, daß gewisse Äußerungen oder Handlungen stets beleidigender Natur seien (sog. absolute Beleidigung), noch auch umgekehrt, daß andere einen beleidigenden Charakter niemals haben könnten. Wer jemanden im Scherz als Lump bezeichnet, begeht vielleicht eine Taktlosigkeit, aber nicht notwendig eine Beleidigung, aber wer dem der Unterschlagung verdächtigen Bürgermeister das Lied „Üb' immer Treu' und Redlichkeit" als Ständchen blasen läßt, beleidigt ihn.
2. Auch eine an sich berechtigte Äußerung kann eine Beleidigung enthalten, dann nämlich, wenn ihre Form oder die Umstände, unter denen sie erfolgt, Mißachtung zum Ausdruck bringen. Z. B. Mahnung eines Schuldners in Gegenwart dritter. Demgemäß hat die Praxis wiederholt bei Mahnung durch offene Postkarte Beleidigung angenommen. Doch dürfte dies zu weit gehen, da sich das Institut des Postauftrags durchaus eingebürgert hat. Vergl. § 192.
3. Bedingte Beleidigungen sind denkbar. Ob sie vorliegen, ist eine Auslegungsfrage. Die Äußerung: „Wenn X das thut, oder gethan hat, so ist er ein Betrüger", kann entweder nur ein allgemeines Urteil über die moralische Qualität einer bestimmten Handlung bedeuten oder aber sagen, daß dem X eine solche Handlung zugetraut werde.
4. In der Zumutung einer unmoralischen Handlung kann Beleidigung liegen. R 5, 143.
5. Sehr bestritten ist die Frage, ob und inwieweit eine Beleidigung auch durch Unterlassung begangen werden kann. Sicher ist zunächst soviel, daß Mißachtung nicht gleichbedeutend ist mit Unterlassen der Hochachtung, daß mit andern Worten niemand Anspruch auf Beweise besonderer Hochachtung hat. (S. jedoch MStGB § 89.) Nichtbeteiligung an einem Fackelzuge kann daher nicht als Beleidigung des Gefeierten angesehen werden. (Daraus folgt übrigens auch, daß das ausdrückliche Absprechen hervorragender Eigenschaften keine Beleidigung ist, z. B.: „Der Minister so und so ist kein bedeutender Staatsmann". Vergl. v. Bar a. a. O. 125.) Anderseits wird zweifellos im gewöhnlichen Leben die Unterlassung solcher Höflichkeitsbezeigungen, welche die Sitte fordert (Gruß und Gegengruß), wenigstens unter Umständen als Beleidigung aufgefaßt. Rechtlich können indessen hier keine andern Grundsätze gelten als die für die Unterlassungsdelikte aufgestellten. Vergl. § 1 VI. Demnach ist eine Beleidigung nur dann durch Unterlassung begehbar, wenn eine Rechtspflicht zum Handeln besteht. Vergl. bes. v. Bar a. a. O. 112. Weitergehend v. Liszt § 95.
6. Die Abgrenzung der Unhöflichkeit, Taktlosigkeit, Ungezogenheit, Unanständigkeit von der strafbaren Beleidigung ist bis jetzt noch nicht gelungen. Jedenfalls muß auch hier der Gesichtspunkt gelten, daß, wenn ein bestimmtes Verhalten nur als Ausdruck einer besonderen Hochschätzung erscheinen würde, das gegenteilige Verhalten nicht als Beleidigung angesehen werden darf. Man denke etwa an die Anweisung eines schlechten Platzes an der Tafel. Im übrigen ist daran festzuhalten, daß, wenn nach den Anschauungen der beteiligten Kreise in einem Verhalten ein deutlicher Ausdruck der Mißachtung liegt, es auch als Beleidigung zu qualifizieren ist, z. B.: es wird in Gegenwart einer Frauensperson von unzüchtigen Dingen gesprochen, oder es wird ein Fremder mit „du" angeredet, oder es wird Schweigen geboten durch die Aufforderung das Maul zu halten u. s. w. Reiche Kasuistik bei v. Bar a. a. O. Gegen die Annahme von Beleidigung in derartigen Fällen Binding, Lehrb. 134.
7. Unter den gleichen Voraussetzungen wird man auch die Fopperei oder die mutwillige Verhinderung der Rechtsausübung als Beleidigung anzusehen haben. Denn auch durch Foppen kann Mißachtung einer Person zum Ausdrucke gebracht werden. Stets aber muß der Thäter eine individuell bestimmte Person ins Auge fassen. Mißachtung liegt hierin, sofern dem Betroffenen gezeigt werden soll, „daß er ein nicht zu beachtendes Nichts, eine Null sei". So v. Bar a. a. O. 90 gegen die herrschende Lehre,

Digitized by Google

die (auf Grund eines angeblichen Gegensatzes zwischen römischer und deutscher Auffassung) eine engere Beziehung zu der „Ehre" der angegriffenen Person verlangt.

8. Über Beleidigung durch Vorwurf einer strafbaren Handlung s. § 186.

9. Über Wegfall der Rechtswidrigkeit s. §§ 192. 193.

IV. **Dolus.** — Ist nach dem Vorhergehenden die Beleidigung im Sinne des § 185 Ausdruck der Mißachtung, so gehört zum subjektiven Thatbestande, daß die betreffende Äußerung oder Handlung in diesem Sinne gemeint sei, das heißt: der Thäter muß durch sein Verhalten Mißachtung zum Ausdrucke bringen wollen. In diesem Sinne kann man immerhin von einer Absicht zu beleidigen, einem animus iniuriandi reden. Nicht erforderlich dagegen ist eine Absicht in dem Sinne, als ob der Zweck der Handlung gerade in der Kränkung einer Person bestehen müsse. Es genügt vielmehr das Bewußtsein, daß Mißachtung in erkennbarer Form gegenüber einer andern — wenn auch dritten — Person zum Ausdrucke gebracht werde. So die herrschende Lehre. E 5, 239. Demnach muß aber der Thäter das Bewußtsein haben, daß seine Äußerung zur Kenntnis einer andern Person gelange. Die Abfassung eines Tagebuchs beleidigenden Inhalts, das ohne oder wider den Willen des Verfassers dritten kund wird, genügt daher nicht. Nur eine straflose fahrlässige Beleidigung würde vorliegen, wenn ein beleidigender Brief aus Versehen abgesendet wird; dies selbst dann, wenn der Verf. zur Absendung entschlossen war. Vergl. auch § 43 II 2. Der Umstand, daß die Äußerung an eine andere Person gelangt als der Erklärende wollte, steht dem Dolus nicht entgegen. E 26, 202. Wohl aber wird der Dolus durch die irrtümliche Annahme ausgeschlossen, daß die Person, auf welche sich die beleidigende Äußerung bezieht, gestorben sei. E 26, 33. Vergl. dazu Vorbem. z. 14. Abschn. II 3.

Eine im Scherze gethane Äußerung bringt allerdings keine Mißachtung zum Ausdrucke, aber der Scherz als solcher kann als Ausdruck der Mißachtung erscheinen. E 12, 140.

V. **Weitergeben der Beleidigung.** — Das Weitergeben, Wiederholen einer Beleidigung erscheint, da der Thatbestand bereits vorliegt, nicht als Beihilfe. Eine neue Beleidigung aber liegt darin nur dann, wenn die Wiederholung mit dem erforderlichen Dolus erfolgt. Namentlich also ist erforderlich, daß durch sie eigene Mißachtung zum Ausdrucke gebracht werden soll. Vergl. § 192 II.

VI. **Qualifiziert** ist die Beleidigung dann, wenn sie mittels einer Thätlichkeit begangen wird. Der überkommene Gegensatz zwischen Verbal-, symbolischer und Realinjurie wird vom Gesetze verlassen. S. Berner 481. Denn mittels einer Thätlichkeit ist die Beleidigung erst dann begangen, wenn sich die Thätlichkeit gegen den Körper der angegriffenen Personen richtet. Auch der fehlgegangene thätliche Angriff ist thätliche Beleidigung (in letzterer Beziehung abweichend die herrschende Lehre, übereinstimmend v. Liszt § 96, Meyer 523), aber wohl auch der geraubte Kuß, Rüd.-Stengl. 12, v. Liszt § 96. Deckt sich der objektive Thatbestand mit dem der Körperverletzung, so liegt Idealkonkurrenz vor, falls der Thäter gleichzeitig Mißachtung zum Ausdrucke bringen wollte. Vergl. Olsh. 17 zu § 223, Oppenh.-Del. 17, Meyer 524, Rüd.-Stengl. 12, E 29, 58. — Sofern Schlag oder Stoß Mittel der Beleidigung sind, nimmt Binding, Lehrb. 43 an, daß nur § 185 anzuwenden sei. — Weitere qualifizierte Fälle s. MStGB §§ 91. 121.

§ 186.

Wer in Beziehung auf einen Anderen eine Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet ist, wird, wenn nicht diese Thatsache erweislich wahr ist, wegen Beleidigung mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Haft oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn die Beleidigung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen

Digitized by Google

oder Darstellungen begangen ist, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. **Der objektive Thatbestand der üblen Nachrede** liegt vor, wenn in Beziehung auf einen andern eine Thatsache behauptet oder verbreitet wird, welche geeignet ist, denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Einzelnes:

1. Über den Begriff der Thatsache im allgemeinen s. § 263. Hier handelt es sich nur um solche Thatsachen, die ihrer Natur nach einem strikten Wahrheitsbeweise zugänglich sind. Deshalb gehören sog. innere Thatsachen (Charaktereigenschaften, Beweggründe), nur dann hierher, wenn sie in Verbindung mit einem bestimmten Vorgange behauptet werden. Der Vorwurf der Parteilichkeit z. B. beurteilt sich nur dann nach § 186, wenn die Parteilichkeit bei einem erkennbar bezeichneten Vorgange bethätigt worden sein soll. R 9, 179. E 29, 40. 31, 281. Man wird also mit Oppenh.-Del. 7 und Meyer 527 „Thatsachen" mit „Handlungen" zu identifizieren haben. Abweichend rechnen Hälschner 2. 191 und Merkel 292 innere Thatsachen niemals hierher, während anderseits Olsh. 2 und v. Liszt § 96 die hervorgehobene Beschränkung nicht aufnehmen. Binding, Lehrb. 158 versteht unter Thatsachen alle „Geschehnisse", mögen sie in Entschlüssen oder deren Verwirklichung bestehen. Daß die Thatsache als eine konkrete behauptet werde, fordert das Gesetz nicht. (A. A. scheinbar E 29, 40.) Die Behauptung: X hat gestohlen, ist ebensogut die Behauptung einer Thatsache wie die andere: X hat mir dann und dann das und das gestohlen. Auch kann sich unter der Form des Urteils die Behauptung einer Thatsache verstecken. Wer von einem andern sagt, er sei ein Dieb, behauptet die Thatsache, daß er gestohlen habe. Im Einzelfalle kann der Sinn einer solchen Äußerung noch weiter gehen, nämlich nicht nur sagen, daß der andere einmal gestohlen habe, sondern auch daß seine Gesinnung eine diebische sei. Ist dies der Sinn der Äußerung, so bleibt sie auf Grund des § 185 strafbar, selbst wenn nachgewiesen werden sollte, daß der andere einmal gestohlen hat.
2. Die Thatsache muß geeignet sein, den andern verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Durch diese Wendung kommt die Beziehung der Handlung zu der sozialen Stellung der Person zum deutlichsten Ausdrucke. Maßgebend ist der Standpunkt der „öffentlichen Meinung", also nicht der einzelner Kreise. A. A. Hanseat. OLG S. 51. Steht aber die öffentliche Meinung mit dem Rechte im Widerspruch, so ist für den Richter hier wie sonst das Recht maßgebend. In dem Vorwurfe, es habe jemand eine Herausforderung zum Zweikampfe abgelehnt, kann daher keine Beleidigung gefunden werden, es sei denn, daß sich damit ausdrücklich oder stillschweigend der Vorwurf der Feigheit verbinde. Die Behauptung, jemand sei ein Jude, schließt nur dann eine Beleidigung in sich, wenn gesagt werden sollte, daß er von niedriger, gewinnsüchtiger Gesinnung sei (§ 185). Vergl., nicht ganz übereinstimmend, v. Bar GS 52. 100. 108. Anderseits aber liegt in dem Vorwurfe einer strafbaren Handlung nicht ohne weiteres der Vorwurf einer Handlung, welche geeignet ist, den andern in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen. Dies gilt nicht nur für die Mehrzahl der Übertretungen, sondern z. B. auch für die Behauptung, es habe jemand einen dritten zum Zweikampfe herausgefordert. — Die Behauptung der Zahlungsunfähigkeit in Beziehung auf einen Kaufmann wird allgemein als strafbar angesehen. E 2, 309. Vergl. Ges. zur Bekämpfung des unlautern Wettbewerbes § 6.
3. Die Thatsache muß entweder behauptet oder aber verbreitet sein. Behaupten

Digitized by Google

heißt: etwas als eigene Überzeugung ausgeben, gleichgiltig, ob sich diese auf eigene Wahrnehmung oder auf Mitteilung dritter Personen gründet. Ob verklausulierende Zusätze wie „soviel ich weiß", „wie ich glaube", den Charakter der Behauptung beseitigen, ist Thatfrage. Auch die vertrauliche Mitteilung genügt. — Verbreiten heißt: einem größeren Personenkreise zugänglich machen. Hier genügt also die vertrauliche Mitteilung nicht. Wenn jemand ein Gerücht als solches weitergiebt, so macht er sich dann auf Grund des § 186 strafbar, wenn er es einem größeren, durch keine näheren Beziehungen zusammengehaltenen Personenkreise mitteilt, oder wenn er weiß, daß trotz des vertraulichen Charakters der Mitteilung das Gerücht in weitere Kreise getragen wird. Abweichend E 30, 224, Olsh. 2. Nach diesen bedeutet „behaupten": etwas als Gegenstand eigenen Wissens hinstellen — „verbreiten": etwas als wahr, aber als fremde Mitteilung aussprechen. Ähnlich E 31, 63 u. v. Liszt § 96. Danach könnte man sich bei öffentlicher Mitteilung des infamsten Geredes salvieren, wenn man nur hinzufügte: ich selbst glaube aber nicht daran. Vor dieser Folgerung schreckt aber die herrschende Lehre zurück. Vergl. Olsh. 8.

4. Die Behauptung oder Verbreitung muß in Beziehung auf einen andern erfolgen. Das heißt: es muß ein dritter mit Wissen des Thäters die Äußerung unmittelbar wahrgenommen haben. Andernfalls beurteilt sich die Handlung nach § 185. E 4, 401. 7, 285. 9, 40. A. A. Binding, Lehrb. 158, welcher § 186 auch dann anwenden will, wenn die Thatsache nur demjenigen mitgeteilt wird, auf den sie sich bezieht. Freilich steht es dem Thatbestande des § 186 nicht entgegen, wenn die Äußerung gleichzeitig dieser Person zu Gehör gebracht wird. Vergl. R 7, 626.

II. Zum **Dolus** gehört das Bewußtsein, daß die behauptete oder verbreitete Thatsache geeignet ist, den andern verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, sowie das Bewußtsein (der Wille), daß die Äußerung unmittelbar zur Kenntnis einer dritten Person gelangt. Vergl. o. I 3. Nicht aber gehört zum Dolus das Bewußtsein der Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Thatsache, ja selbst der positive Glaube, sie sei wahr, schließt den Dolus nicht aus. So die herrschende Lehre und das RG, z. B. E 25, 555. (Dagegen fordert Binding, Normen 2, 610 und Lehrb. 158 Bewußtsein der Nichterweislichkeit.) Allerdings ist der gesetzgeberische Gedanke der, daß die Behauptung oder Verbreitung wahrer Thatsachen nicht rechtswidrig sei. Materiell betrachtet, ist also die Unwahrheit der behaupteten Thatsache ein Thatbestandsmerkmal. Daraus würde zu folgern sein, daß zum Dolus das Bewußtsein dieser Unwahrheit gehöre (§ 59), und ferner, daß der Nachweis dieses Bewußtseins zur Verurteilung erforderlich sei. Im Interesse der Person jedoch, auf welche sich die Behauptung bezieht, macht der Gesetzgeber, wie der Wortlaut der §§ 186. 187 beweist, eine Ausnahme von dem Grundsatze des § 59, insofern der Dolus das Bewußtsein der Unwahrheit nicht zu umfassen braucht, und außerdem eine Ausnahme von den allgemeinen Beweisregeln, insofern dem Thäter nicht die objektive Unwahrheit der Thatsache zu beweisen ist, sondern er ihre Wahrheit zu beweisen hat. Vergl. Frank Ztschr. 12, 307 und de lege ferenda Friedmann, Das Recht der Wahrheit (1901). Die Bedeutung des **Wahrheitsbeweises** liegt somit lediglich auf prozessualem Gebiete. Vergl. dazu §§ 190. 192.

III. **Qualifizirt** ist die üble Nachrede:

1. wenn sie öffentlich begangen wurde. S. § 110 IV. Es muß demnach eine größere durch nähere Beziehungen nicht verbundene Anzahl Personen zugegen gewesen sein, welche die Äußerung hören und verbreiten konnten. Entsprechendes Bewußtsein gehört zum Vorsatze. Vergl. R 5, 317. 333. 7, 269. 8, 600 und § 200. Sehr beachtenswert Binding, Lehrb. 166, welcher Öffentlichkeit annimmt,

Digitized by Google

wenn die Äußerung nicht für die ausschließliche Wahrnehmung individuell bestimmter Personen berechnet ist.

2. wenn sie durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist. Vergl. § 110 IV.

IV. Was das **Verhältnis der üblen Nachrede zur formellen Beleidigung** des § 185 betrifft, so ist entgegen der herrschenden Lehre die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zu behaupten. Die üble Nachrede ist nicht eine Unterart der einfachen Beleidigung, sondern unterscheidet sich von ihr generisch durch die Verschiedenheit des Dolus. Während nämlich § 185 fordert, daß der Handelnde Mißachtung zum Ausdruck bringe, gehört diese Willensrichtung nicht zum subjektiven Thatbestande der üblen Nachrede. Wer einem andern eine Handlung nachredet, die, wie er weiß, geeignet ist, ihn in der öffentlichen Meinung herabzusetzen, ist selbst dann strafbar, wenn er für seine Person die Handlung für eine ehrenvolle hält. Will er aber gleichzeitig Mißachtung zum Ausdrucke bringen, so liegt Idealkonkurrenz zwischen einfacher Beleidigung und übler Nachrede vor. A. A. neuerdings bes. Doehn, Ztschr. 21, 512. Auf die Bestrafung hat allerdings die Idealkonkurrenz keinen notwendigen Einfluß. Daß aber die vertretene Ansicht, mit der namentlich Gabler, Das Vergehen der sog. üblen Nachrede (1892) 31 ff. übereinstimmt, dem Gesetze entspricht, folgt aus § 192.

V. Wegen des Verhältnisses zur falschen Anzeige (§ 164) s. § 193.

§ 187.

Wer wider besseres Wissen in Beziehung auf einen Anderen eine unwahre Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen oder dessen Kredit zu gefährden geeignet ist, wird wegen verleumderischer Beleidigung mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und, wenn die Verleumdung öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Abbildungen oder Darstellungen begangen ist, mit Gefängnis nicht unter Einem Monat bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf Einen Tag Gefängnis ermäßigt, oder auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

I. Der Thatbestand der Verleumdung oder verleumderischen Beleidigung deckt sich nach der objektiven Seite wesentlich mit dem der üblen Nachrede, mit dem Unterschiede jedoch, daß er auch die Kreditgefährdung mit umfaßt. Kredit ist das Vertrauen, das jemand hinsichtlich der Erfüllung seiner vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten genießt. So Olsh. 6. Daß auch nichtphysische Personen in dieser Beziehung verletzt werden können, wird allgemein zugegeben.

Der wesentliche Unterschied zwischen der Verleumdung und der üblen Nachrede liegt in folgendem: Verurteilung wegen Verleumdung ist nur dann möglich, wenn die Unwahrheit der behaupteten oder verbreiteten Thatsache feststeht, und wenn weiter feststeht, daß der Angeklagte diese Unwahrheit kannte (dolus event. ausgeschlossen). Dagegen ist Verurteilung wegen übler Nachrede schon dann möglich, wenn die Wahrheit der Thatsache nicht bewiesen ist. Vergl. Bähr i. d. Jahrb. f. Dogmatik 26, 212 ff.

II. Idealkonkurrenz mit § 7 des Ges. z. Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ist möglich, nämlich dann, wenn die Äußerung gleichzeitig betriebs- und kreditgefährdend ist. Ist sie dagegen nur ersteres, so findet lediglich § 7 cit. Anwendung. E 31, 63 (mit dem Hinweise darauf, daß in diesem Falle der Schutz des

Digitized by Google

§ 193 nicht gewährt werden könne, jedenfalls ein wunderliches Ereignis. Vergl. § 193). — Wegen Idealkonkurrenz mit § 164 s. das. — Qualifizierter Fall MStGB § 91 Abs. 2.

§ 188.

In den Fällen der §§ 186 und 187 kann auf Verlangen des Beleidigten, wenn die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt, neben der Strafe auf eine an den Beleidigten zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs aus.

I. Buße (vergl. darüber S. 34) ist nur zulässig in den Fällen der §§ 186. 187, nicht im Falle des § 185, und auch dort abhängig davon, daß die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse usw. des Beleidigten mit sich bringt. Dies ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, als müßten zur Zeit schon nachteilige Folgen vorliegen. Vielmehr hat der Richter nach seinem Ermessen darüber zu befinden, ob die Beleidigung zur Herbeiführung nachteiliger Folgen geeignet ist. Ein ziffermäßiger Nachweis des Schadens ist also nicht erforderlich. E 6, 398. 17, 190. Vergl. dazu BGB §§ 823. 824.

II. Aus Abs. 2 folgt, daß die Zuerkennung einer Buße auch für den Zivilprozeß Rechtskraft macht. Dagegen gilt für die Aberkennung das Gleiche schon deshalb nicht, weil in allen Fällen die Buße vom richterlichen Ermessen abhängig ist. Hieraus und aus der freieren Stellung des Strafrichters überhaupt folgt aber weiter, daß weder die Zu- noch die Aberkennung einer Entschädigung durch Zivilurteil der Buße entgegensteht. So auch in ersterer Beziehung R 5, 734. Durchaus derselben Ansicht Olsh. 10 und v. Dohna, Die Stellung der Buße (1902) 44 ff. Dagegen nehmen Kohler, Patentrecht 665. 667 und Rosenfeld, Die Nebenklage (1900) 185 an, daß ein rechtskräftiges den Enschädigungsanspruch abweisendes Zivilurteil dem Bußanspruch entgegenstehe.

III. Die Form des Antrags auf Buße (Privat- oder Nebenklage) beurteilt sich nach der StPO (§§ 443. 446). Er kann nach Belieben gegen den einen oder gegen den andern Beteiligten gerichtet werden.

IV. Der Anspruch auf Buße kann von den Erben des Verletzten nicht erhoben oder fortgesetzt werden. StPO § 444. Demnach geht der Bußanspruch auf die Erben nur dann über, wenn das Urteil zu Lebzeiten des Verletzten rechtskräftig geworden ist.

V. Sind mehrere Personen bei der Beleidigung beteiligt, so wird man jetzt wegen BGB. § 840 anzunehmen haben, daß sie sämtlich zu Buße verurteilt werden können und für diese als Gesamtschuldner haften. So im Ergebnis u. a. Olsh. 9.

VI. Über Buße im Falle der Idealkonkurrenz s. § 73 VI.

§ 189.

Wer das Andenken eines Verstorbenen dadurch beschimpft, daß er wider besseres Wissen eine unwahre Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben bei seinen Lebzeiten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet gewesen wäre, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Digitized by Google

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern, der Kinder oder des Ehegatten des Verstorbenen ein.

I. Da ein Verstorbener nicht beleidigt werden kann (s. Vorbem. z. 14. Abschn. II 3), so ist Objekt des hier behandelten Delikts die Familie, mag man sie mit Hälschner 2, 199 und v. Liszt § 96 in ihrer „Ehre" (sozialen Stellung) oder mit den Motiven u. Olsh. 1 in ihrem religiösen Gefühle, mit dem sie des Verstorbenen gedenkt, als verletzt ansehen. Für die Richtigkeit der ersteren Ansicht spricht die systematische Stellung. Konsequenz bei § 200. — Abweichend nimmt Binding, Lehrb. 188 an, daß sich das Delikt gegen das gute Andenken des Verstorbenen bei den Überlebenden richte.

II. Der Thatbestand deckt sich mit dem der Verleumdung des § 187 (jedoch unter Wegfall der Kreditgefährdung). Die Anwendbarkeit der Stelle ist davon abhängig, daß der „Verstorbene" schon zur Zeit der Handlung tot ist. Stirbt er erst nachträglich, ohne einen Strafantrag gestellt zu haben, so ist die vorliegende Stelle nicht anwendbar und jede Verfolgung ausgeschlossen. StPO § 433 füllt diese gesetzliche Lücke nicht aus. Kohler, Arch. 47, 13 ist geneigt, die Stelle auch dann anzuwenden, wenn der Geschmähte zur Zeit der Handlung tot ist, aber für lebend gehalten wird.

III. Die Zahl der Antragsberechtigten ist eng begrenzt, sodaß thatsächlich eine Verfolgung nur dann möglich ist, wenn von den Eltern oder Kindern noch jemand, oder wenn der Ehegatte des Verstorbenen noch am Leben ist.

§ 190.

Ist die behauptete oder verbreitete Thatsache eine strafbare Handlung, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Beweis der Wahrheit ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist.

I. **Die Stelle enthält zwei Beweisregeln,** die sich beide auf den Wahrheitsbeweis beziehen und sowohl die freie richterliche Beweiswürdigung beschränken als auch eine Ausnahme von dem Satze enthalten, daß das Gericht verpflichtet ist, alles zur Aufklärung der Sache Erforderliche von Amts wegen vorzunehmen (StPO § 153).

1. Die erste Regel giebt der erste Satz. Durch Wiederaufnahme des Verfahrens wird die Rechtskraft nur und erst dann beseitigt, wenn das Urteil, welches das rechtskräftig gewordene aufhebt, selbst rechtskräftig geworden ist. S. Olsh. 2.
2. Die zweite, in dem zweiten Satze enthaltene Regel hat zur Voraussetzung, daß der Beleidigte „wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist". Es muß also das freisprechende Urteil vorher die Rechtskraft beschritten haben. Das Urteil muß ferner ein von der Handlung freisprechendes sein, d. h. es muß zum Ausdruck bringen, daß der Thäter diese Handlung nicht als eine schuldhafte begangen habe. Freisprechung wegen Verjährung oder Rücktritts vom Versuch oder wegen persönlicher Strafausschließungsgründe oder jugendlichen Alters gehört somit nicht hierher. Im wesentlichen übereinstimmend die herrschende Lehre. Doch halten Binding 1, 826, Lehrb. 150 und v. Liszt § 97 auch Freisprechung wegen Verjährung oder

Digitized by Google

§ 193 nicht gewährt werden könne, jedenfalls ein wunderliches Ereignis. Vergl. § 193). — Wegen Idealkonkurrenz mit § 164 s. das. — Qualifizierter Fall MStGB § 91 Abs. 2.

§ 188.

In den Fällen der §§ 186 und 187 kann auf Verlangen des Beleidigten, wenn die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse, den Erwerb oder das Fortkommen des Beleidigten mit sich bringt, neben der Strafe auf eine an den Beleidigten zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruchs aus.

I. Buße (vergl. darüber S. 34) ist nur zulässig in den Fällen der §§ 186. 187, nicht im Falle des § 185, und auch dort abhängig davon, daß die Beleidigung nachteilige Folgen für die Vermögensverhältnisse usw. des Beleidigten mit sich bringt. Dies ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, als müßten zur Zeit schon nachteilige Folgen vorliegen. Vielmehr hat der Richter nach seinem Ermessen darüber zu befinden, ob die Beleidigung zur Herbeiführung nachteiliger Folgen geeignet ist. Ein ziffermäßiger Nachweis des Schadens ist also nicht erforderlich. E 6, 398. 17, 190. Vergl. dazu BGB §§ 823. 824.

II. Aus Abs. 2 folgt, daß die Zuerkennung einer Buße auch für den Zivilprozeß Rechtskraft macht. Dagegen gilt für die Aberkennung das Gleiche schon deshalb nicht, weil in allen Fällen die Buße vom richterlichen Ermessen abhängig ist. Hieraus und aus der freieren Stellung des Strafrichters überhaupt folgt aber weiter, daß weder die Zu- noch die Aberkennung einer Entschädigung durch Zivilurteil der Buße entgegensteht. So auch in ersterer Beziehung R 5, 734. Durchaus derselben Ansicht Olsh. 10 und v. Dohna, Die Stellung der Buße (1902) 44 ff. Dagegen nehmen Kohler, Patentrecht 665. 667 und Rosenfeld, Die Nebenklage (1900) 185 an, daß ein rechtskräftiges den Enschädigungsanspruch abweisendes Zivilurteil dem Bußanspruch entgegenstehe.

III. Die Form des Antrags auf Buße (Privat- oder Nebenklage) beurteilt sich nach der StPO (§§ 443. 446). Er kann nach Belieben gegen den einen oder gegen den andern Beteiligten gerichtet werden.

IV. Der Anspruch auf Buße kann von den Erben des Verletzten nicht erhoben oder fortgesetzt werden. StPO § 444. Demnach geht der Bußanspruch auf die Erben nur dann über, wenn das Urteil zu Lebzeiten des Verletzten rechtskräftig geworden ist.

V. Sind mehrere Personen bei der Beleidigung beteiligt, so wird man jetzt wegen BGB. § 840 anzunehmen haben, daß sie sämtlich zu Buße verurteilt werden können und für diese als Gesamtschuldner haften. So im Ergebnis u. a. Olsh. 9.

VI. Über Buße im Falle der Idealkonkurrenz s. § 73 VI.

§ 189.

Wer das Andenken eines Verstorbenen dadurch beschimpft, daß er wider besseres Wissen eine unwahre Thatsache behauptet oder verbreitet, welche denselben bei seinen Lebzeiten verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen geeignet gewesen wäre, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Digitized by Google

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag der Eltern, der Kinder oder des Ehegatten des Verstorbenen ein.

I. Da ein Verstorbener nicht beleidigt werden kann (s. Vorbem. z. 14. Abschn. II 3), so ist Objekt des hier behandelten Delikts die Familie, mag man sie mit Hälschner 2, 199 und v. Liszt § 96 in ihrer „Ehre" (sozialen Stellung) oder mit den Motiven u. Olsh. 1 in ihrem religiösen Gefühle, mit dem sie des Verstorbenen gedenkt, als verletzt ansehen. Für die Richtigkeit der ersteren Ansicht spricht die systematische Stellung. Konsequenz bei § 200. — Abweichend nimmt Binding, Lehrb. 188 an, daß sich das Delikt gegen das gute Andenken des Verstorbenen bei den Überlebenden richte.

II. Der Thatbestand deckt sich mit dem der Verleumdung des § 187 (jedoch unter Wegfall der Kreditgefährdung). Die Anwendbarkeit der Stelle ist davon abhängig, daß der „Verstorbene" schon zur Zeit der Handlung tot ist. Stirbt er erst nachträglich, ohne einen Strafantrag gestellt zu haben, so ist die vorliegende Stelle nicht anwendbar und jede Verfolgung ausgeschlossen. StPO § 433 füllt diese gesetzliche Lücke nicht aus. Kohler, Arch. 47, 13 ist geneigt, die Stelle auch dann anzuwenden, wenn der Geschmähte zur Zeit der Handlung tot ist, aber für lebend gehalten wird.

III. Die Zahl der Antragsberechtigten ist eng begrenzt, sodaß thatsächlich eine Verfolgung nur dann möglich ist, wenn von den Eltern oder Kindern noch jemand, oder wenn der Ehegatte des Verstorbenen noch am Leben ist.

§ 190.

Ist die behauptete oder verbreitete Thatsache eine strafbare Handlung, so ist der Beweis der Wahrheit als erbracht anzusehen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. Der Beweis der Wahrheit ist dagegen ausgeschlossen, wenn der Beleidigte wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist.

I. **Die Stelle enthält zwei Beweisregeln,** die sich beide auf den Wahrheitsbeweis beziehen und sowohl die freie richterliche Beweiswürdigung beschränken als auch eine Ausnahme von dem Satze enthalten, daß das Gericht verpflichtet ist, alles zur Aufklärung der Sache Erforderliche von Amts wegen vorzunehmen (StPO § 153).

1. Die erste Regel giebt der erste Satz. Durch Wiederaufnahme des Verfahrens wird die Rechtskraft nur und erst dann beseitigt, wenn das Urteil, welches das rechtskräftig gewordene aufhebt, selbst rechtskräftig geworden ist. S. Olsh. 2.
2. Die zweite, in dem zweiten Satze enthaltene Regel hat zur Voraussetzung, daß der Beleidigte „wegen dieser Handlung vor der Behauptung oder Verbreitung rechtskräftig freigesprochen worden ist". Es muß also das freisprechende Urteil *vorher* die Rechtskraft beschritten haben. Das Urteil muß ferner ein *von der Handlung* freisprechendes sein, d. h. es muß zum Ausdruck bringen, daß der Thäter diese Handlung nicht als eine schuldhafte begangen habe. Freisprechung wegen Verjährung oder Rücktritts vom Versuch oder wegen persönlicher Strafausschließungsgründe oder jugendlichen Alters gehört somit nicht hierher. Im wesentlichen übereinstimmend die herrschende Lehre. Doch halten Binding 1, 826, Lehrb. 150 und v. Liszt § 97 auch Freisprechung wegen Verjährung oder

Digitized by Google

Rücktritts vom Versuch für ausreichend (vergl. § 66), Olsh. 3 und Rüd.-Stengl. 5 im allgemeinen auch Freisprechung wegen mangelnden Unterscheidungsvermögens.

II. **Bestritten ist die Frage, auf welche Stellen § 190 Anwendung findet.** Ausdrücklich erwähnt wird der Wahrheitsbeweis nur im § 186, es ist aber klar, daß er auch für die Fälle der §§ 185. 187. 189 Bedeutung hat. Da nun § 190 diesen sämtlichen Stellen nachfolgt, so muß angenommen werden, daß er sich auch auf sämtliche bezieht. Ebenso bes. Hertel, Der Wahrheitsbeweis bei Injurien (1902) 32 ff. Dagegen soll er nach Olsh. 4 keine Anwendung finden auf § 185, nach Rüd.-Stengl. keine Anwendung auf §§ 187. 189.

§ 191.

Ist wegen der strafbaren Handlung zum Zwecke der Herbeiführung eines Strafverfahrens bei der Behörde Anzeige gemacht, so ist bis zu dem Beschlusse, daß die Eröffnung der Untersuchung nicht stattfinde, oder bis zur Beendigung der eingeleiteten Untersuchung mit dem Verfahren und der Entscheidung über die Beleidigung inne zu halten.

I. Die Stelle enthält eine prozessuale, dem § 164 Abs. 2 entsprechende Bestimmung. Sie hat den Zweck, die Anwendbarkeit des § 190 eventuell möglich zu machen. Die Anzeige muß zum Zwecke der Einleitung eines Straf-, also nicht eines Disziplinarverfahrens erstattet sein und zwar bei einer Behörde, die zur Entgegennahme der Strafanzeige berufen ist. Vergl. StPO § 156.

II. Über das Ruhen der Verjährung s. § 69.

§ 192.

Der Beweis der Wahrheit der behaupteten oder verbreiteten Thatsache schließt die Bestrafung nach Vorschrift des § 185 nicht aus, wenn das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

I. Ist der Wahrheitsbeweis erbracht, so kann von einer Bestrafung auf Grund der §§ 186. 187. 189 keine Rede sein. Möglicherweise bleibt aber noch eine formelle Beleidigung im Sinne des § 185 übrig, zwar nicht im Falle des § 189, wohl aber in den Fällen der §§ 186 187. (Daß § 192 auch dann Anwendung findet, wenn von vornherein § 185 in Rede steht, sollte keinem Zweifel unterliegen. Ebenso Binding, Lehrb. 147. A. A. Rüd.-Stengl. 1.) Zum subjektiven Thatbestande der formellen Beleidigung gehört, daß der Thäter Mißachtung zum Ausdruck bringen will. Nun ist aber bei der Wahrheit der behaupteten Thatsache der Ausdruck der Mißachtung vielleicht gerechtfertigt. Deshalb stellt das Gesetz hier für Anwendung des § 185 noch besondere, erschwerende Voraussetzungen auf, indem es verlangt, daß das Vorhandensein einer Beleidigung gerade aus der Form der Behauptung oder Verbreitung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgehen müsse. Das heißt mit andern Worten: strafbar ist, wer das Recht, die Wahrheit zu sagen, bewußtermaßen überschreitet, indem er seine Äußerungen in eine ungehörige Form kleidet (z. B. Schimpfwörter gebraucht) oder sie bei einer ungehörigen Gelegenheit (z. B. bei offener Hochzeitstafel) vorbringt. Vergl. Frank, Ztschr. 12, 308. Im wesentlichen übereinstimmend Binding, Lehrb. 151. 152, v. Liszt § 97, Hertel, der Wahrheitsbeweis bei Injurien (1902) 47 ff., E 3, 328. S. auch § 193 IV.

II. Nach dem Gesagten beurteilt sich insbesondere die Frage, ob Mitteilungen

Digitized by Google

über wirklich stattgehabte Vorgänge, z. B. über Gerichtsverhandlungen, als Beleidigung bestraft werden können. Die herrschende Lehre zieht hier völlig überflüssigerweise § 193 heran und verlangt zur Straflosigkeit, daß einer der dort erwähnten, die Rechtswidrigkeit ausschließenden Umstände vorliege. E 3, 303. 19, 238 erkennen als solchen das Interesse an der Belehrung des Publikums an, sofern die Belehrung sich auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, nicht aber sofern sie sich auf die niederer Gerichte bezieht. Aus der Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlung wird die Straflosigkeit hergeleitet von John, Ztschr. 1, 285 ff. Vergl. übrigens § 12.

§ 193.

Tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen, ingleichen Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden, sowie Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen, dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten und ähnliche Fälle sind nur insofern strafbar, als das Vorhandensein einer Beleidigung aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht.

I. **Die allgemeine Bedeutung** der Stelle besteht darin, daß sie Umstände bezeichnet, welche der Rechtswidrigkeit der „Beleidigung" und damit dem Begriffe der Beleidigung im Rechtssinne entgegenstehen (negative Thatumstände; vergl. Vorbem. z. 4. Abschn. des 1. Teils). (Der Charakter der Bestimmung ist dispositiver, nicht bloß deklaratorischer Natur. Ebenso v. Bülow GS 46, 271, Meyer 525; a. A. v. Liszt § 95).

II. **Das Anwendungsgebiet** des § 193 ist namentlich in der Richtung bestritten, ob er auch gegenüber der Verleumdung (§ 187) platzgreift. Für die Bejahung spricht vor allem die Stellung des §. Auch lassen sich sehr wohl Situationen denken, bei denen die Straflosigkeit der Verleumdung zur Wahrnehmung berechtigter Interessen innerlich gerechtfertigt ist, z. B. ein Angeklagter wirft einem falschen Belastungszeugen bewußt wahrheitswidrig Handlungen vor, die seine Glaubwürdigkeit erschüttern sollen. So v. Bülow a. a. O. 275. Übereinstimmend v. Liszt § 95, Olsh. 2, E 5, 56. 16, 139. 34, 222 (s. u. III 2a). A. A. Binding, Lehrb. 155 und anderwärts, Hälschner 2, 186, Rüd.-Stengl. 13, Kohler, Arch. 47, 103. — Vergl. § 95 III.

III. **Einzelne Fälle.** — Die einzelnen den Thatbestand der Beleidigung beseitigenden Fälle sind:

1. tadelnde Urteile über wissenschaftliche, künstlerische oder gewerbliche Leistungen. Es wird also die Freiheit der Kritik anerkannt. Kronecker, GS 38, 591 führt dies auf den Gesichtspunkt der Einwilligung des Verletzten zurück. Da aber nach § 185 II 2 die Kritik einzelner Leistungen als solcher schon äußerlich betrachtet niemals Beleidigung ist, so geht die Bedeutung der Stelle über ihren Wortlaut hinaus, insofern sie auch die aus Anlaß einer wissenschaftlichen usw. Leistung erfolgende Kritik der Person für straflos erklärt;
2. Äußerungen, welche zur Ausführung oder Verteidigung von Rechten — oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen gemacht werden. In beiden Fällen wird häufig eine Anerkennung des Satzes gefunden, daß der Zweck die Mittel heilige. Richtiger aber ist es, die Vorschrift unter dem Gesichtspunkte des Notstandes in dem nachstehend erörterten Sinne zu erklären. Gegen die Heranziehung des Notstandes Kohler, Arch. 47, 46, dafür aber Binding, Lehrb. 153.

Digitized by Google

a) Der **Begriff des berechtigten Interesses** und seiner Wahrnehmung ist sehr bestritten. — An sich bedeutet Interesse den Wert, den man einem bestimmten Ereignisse oder Zustand beimißt. In diesem Sinne, d. h. als Werturteil gefaßt, ist das Interesse, weil es dem Innenleben angehört, weder ein berechtigtes noch ein unberechtigtes. Das Erfordernis der Berechtigung kann vielmehr nur auf das Ereignis usw. selbst bezogen werden, dem der Wert beigemessen wird, d. h.: die Herbeiführung dieses Ereignisses, die Herbeiführung oder Aufrechterhaltung dieses Zustandes muß als eine berechtigte erscheinen. Das bedeutet aber nicht, daß ein Recht auf die Herbeiführung gegeben sein müsse (denn dieser Fall würde als der der Ausführung oder Verteidigung von Rechten erscheinen), sondern nur, daß die Herbeiführung usw. nicht im Widerspruche mit dem Rechte oder den guten Sitten stehen darf. Also: berechtigtes Interesse ist ein Ziel (Zweck), dessen Verfolgung nicht im Widerspruch mit Recht oder Sitte steht. Ähnlich Kohler, Arch. 47, 101. Vergl. E 26, 76. 31, 194, auch E 23, 144. 26, 18 (mit der Ausführung, daß berechtigte Interessen auch aus dem öffentlichen Recht erwachsen können). Übereinstimmend namentlich E 34, 222. Diese Entscheidung sagt, daß die wissentlich falsche Behauptung ehrenkränkender Thatsachen, wenn sie zur Verfolgung eines andern geschieht, wegen ihres Widerspruchs mit den Anforderungen des Rechts wie der Sittlichkeit niemals den Schutz der vorliegenden Stelle verdiene. Die von E 26, 76 im Anschlusse an v. Bülow, GS 46, 280 vertretene Ansicht, nach der ein Interesse dann als ein berechtigtes erscheint, wenn es sich bei billiger verständiger Beurteilung der Sachlage als ein gerechtfertigtes darstellt, bedeutet einen Verzicht auf jede genauere Begriffsbestimmung. Ähnliches gilt von der Fassung Bindings, Lehrb. 153, der unter berechtigten Interessen solche versteht, die kraft ihres Inhaltes Billigung verdienen.

Nun kann aber das Gesetz unmöglich so verstanden werden, als wolle es schlechthin jede Beleidigung für straflos erklären, sofern sie nur zu einem erlaubten Zwecke erfolgt. Sicherlich haben die Bewohner einer entlegenen Gegend ein berechtigtes Interesse an dem Bau einer Eisenbahn. Aber sie sind ebenso sicher nicht befugt, zur Erreichung dieses Zieles schlechthin zu beleidigen oder zu verleumden. Vielmehr geht der dem Gesetze zu Grunde liegende Gedanke dahin, daß sich gewisse Interessen (oder Rechte) unter Umständen nicht anders als durch derartige Mittel wahrnehmen lassen, und dieser Notstand ist es eben, der im Rechte Anerkennung findet. Es hat also eine restriktive Interpretation einzutreten, d. h.: die Wahrnehmung eines berechtigten Interesses entschuldigt nur dann, wenn die Verletzung fremder „Ehre" als ein durch die Umstände gebotenes Mittel seiner Wahrnehmung erscheint.

Aber es bedarf noch einer weiteren Einschränkung. Nicht um eines jeden minimalen Interesses willen kann die Beleidigung straflos bleiben, sondern nur dann, wenn das von dem Beleidiger wahrgenommene Interesse höher steht als das durch die Beleidigung verletzte. Daß dem richterlichen Ermessen bei dieser Abwägung ein weiter Spielraum gelassen wird, ist eine unvermeidliche Konsequenz des Gesetzes. Aber auch sonst findet bei der Notstandshandlung eine Güterabwägung statt. BGB §§ 228. 904. — Mit der vertretenen Ansicht stimmt das RG im wesentlichen überein. Nur legt es auf den Gesichtspunkt des Notstandes nicht das m. E. erforderliche Gewicht. Das RG nimmt an, daß nur die Wahrnehmung eines solchen Interesses schütze, vor dem das „Recht auf Achtung der Person" zurücktreten müsse. So namentlich E 15, 15. 26, 18. Als hinreichend werden beispielsweise angesehen: das Interesse des Redakteurs an Belehrung des Publikums

Digitized by Google

(E 3, 303), oder das Interesse des Bürgers und Steuerzahlers an ordnungsmäßiger Behandlung des Bauwesens von seiten der Stadtverwaltung (E 23, 144), das Interesse an der Wahl eines Kandidaten der Partei des Thäters (E 26, 28), dagegen nicht als ausreichend: das Interesse an der Beseitigung eines allgemeinen Übelstandes, es sei denn, daß der Thäter selbst darunter zu leiden hätte (E 15, 15), ebensowenig das Interesse des Redakteurs an Unterhaltung des Publikums (E 19, 238). Übereinstimmend auch Olsh. 6. Kritik der reichsgerichtlichen Judikatur bei Kohler, Arch. 47, 108 ff.

b) Besonders bestritten ist die Frage, ob man auch zur **Wahrnehmung fremder Interessen** ungestraft beleidigen darf. Die herrschende Lehre bejaht im Prinzip, fügt dann aber so viele Verklausulierungen hinzu, daß von dem Prinzip kaum noch etwas übrig bleibt. Namentlich wird häufig gesagt, es müsse ein eigenes berechtigtes Interesse zur Wahrnehmuug fremder Interessen vorliegen. Am engsten v. Bülow a. a. O. 284 und GS 48, 1 ff., welcher verlangt, daß die Sache den Thäter nahe angehen müsse. Abgesehen von ihrer Unbestimmtheit (so mit Recht v. Bar, GS 52, 164, ähnlich auch Binding, Lehrb. 154) scheitert aber diese Beschränkung schon an einem sprachlichen Bedenken; denn das Gesetz spricht nicht von der „berechtigten Wahrnehmung von Interessen", sondern von der „Wahrnehmung berechtigter Interessen". Hierauf beruft sich jetzt auch Kohler, Arch. 47, 101 ff. in seiner Polemik gegen v. Bülow. Es ist daher jede Beschränkung in dieser Beziehung zu verwerfen, und dies gilt namentlich auch für die Presse. Ein ausreichender Schutz gegen Beleidigungen ist aber vorhanden, sobald man mit größerer Bestimmtheit, als es zu geschehen pflegt, die Frage prüft, ob die gehörige Wahrnehmung des Interesses gerade die gewählten Mittel als geboten erscheinen ließ. Diese Frage umfaßt auch die Unterfrage, ob zur Wahrnehmung des Interesses die Einmischung der Presse angezeigt war. Das RG hat sich dagegen in der neueren Rechtsprechung vollständig der Bülowschen Ansicht angeschlossen. E 23, 285. 422. 25, 67. 30, 41.

c) Aus dem Gesagten ergiebt sich von selbst die Beantwortung der Frage, inwiefern kaufmännische Referenzen und namentlich Mitteilungen von Auskunftsbureaux den Schutz des § 193 beanspruchen können. Sie können es, wenn demjenigen, der die Auskunft erteilt, im Interesse des Anfragenden nichts übrig bleibt als die Mitteilung der betr. Thatsache (mag sie auch nicht erweislich wahr sein) oder die Fällung des betr. Urteils. So auch im wesentlichen E 6, 405. 10, 361. Binding, Lehrb. 155 macht darauf aufmerksam, daß immerhin das Bureau hinlängliche Erkundigungen eingezogen und deren Ergebnisse treu wiedergegeben haben müsse. Trifft dies nicht zu, so wird m. E. das Vorhandensein einer Beleidigung „aus den Umständen, unter welchen sie geschah" hervorgehen. Zu beachten ist übrigens auch, daß die Auskunftsbureaux regelmäßig ein eigenes Interesse an zuverlässiger Auskunftserteilung haben, sofern sie dem Anfragenden für falsche Auskunft haften. Vergl. BGB § 676. Ist ihre Mitteilung erweislich wahr, so sind sie durch § 192 gedeckt.

d) Ebenso beurteilt sich nach dem Gesagten die Frage, ob bei einer objektiv falschen oder wenigstens nicht erweislich wahren, anderseits aber auch nicht bewußt falschen Anzeige Strafe wegen übler Nachrede eintreten kann. Das RG fordert meist zum Ausschlusse der Strafbarkeit nähere Beziehungen des Anzeigenden zu dem angezeigten Delikt, ist aber in der Annahme dieses Interesses sehr liberal. E 29, 54. Dagegen spricht E 34, 216 ganz allgemein von einem staatsbürgerlichen Recht zur Anzeige und schließt daher die Anwendung des § 193 nur dann aus, wenn die Anzeige nicht zum Zweck der

Digitized by Google

Wahrnehmung dieses Rechts erstattet wurde. Der richtige Standpunkt dürfte der sein, daß zu fragen ist, ob das öffentliche oder das individuelle Interesse an der Bestrafung ein derartiges ist, daß der Anzeigende keine Rücksicht auf die „Ehre" der beschuldigten Person zu nehmen brauchte. Abweichend will Binding, Lehrb. 160, 161 niemals auf Grund des § 186 strafen.

e) Über Weitergeben einer in öffentlicher Gerichtsverhandlung gefallenen Beleidigung vergl. § 192 II.

f) In subjektiver Beziehung ist zu bemerken, daß die Äußerung zum Zwecke der Ausführung oder Verteidigung von Rechten usw. erfolgt sein muß. Eine nur bei dieser Gelegenheit gethane Äußerung wird durch § 193 nicht geschützt. E 4, 316. 20, 100. 29, 54, R 9, 539. Vergl. auch E 34, 216. Die irrtümliche Annahme, daß das verfolgte Interesse ein berechtigtes sei, kann je nach den Umständen ein Irrtum auf dem Gebiete des Strafrechts sein und daher dem Dolus nicht entgegenstehen, oder ein Irrtum auf einem andern Rechtsgebiete und ihn daher ausschließen. Ebenso jetzt auch Kohler, Arch. 47, 116 ff. Abweichend erachtet v. Bülow, GS 46, 267 ff. den Irrtum stets für einen strafrechtlichen. Vergl. E 34, 222.

3. Vorhaltungen und Rügen der Vorgesetzten gegen ihre Untergebenen;

4. Dienstliche Anzeigen oder Urteile von seiten eines Beamten;

5. ähnliche Fälle. Es wird somit die analoge Ausdehnung der einzelnen im Gesetze ausdrücklich hervorgehobenen Fälle zugelassen. Demnach wird man den künstlerischen, gewerblichen und wissenschaftlichen Leistungen etwa politische gleichzustellen haben (s. Kronecker, GS 38, 504), den Rügen des Vorgesetzten solche des Lehrers, des Lehrherrn, der Dienstherrschaft. Vergl. auch E 30, 39 (derbe Aufforderungen eines verhaftenden Beamten an den Verhafteten, rascher zu gehen).

IV. **Form der Äußerung und Umstände, unter denen sie geschah.** — Auch wenn eines der vorher aufgezählten Momente zutrifft, kann doch strafbare Beleidigung vorliegen, sofern eine solche „aus der Form der Äußerung oder aus den Umständen, unter welchen sie geschah, hervorgeht". Eine weit verbreitete, auch vom RG vertretene Auffassung legt dies so aus, als sei die Äußerung strafbar, wenn sie in der Absicht der Beleidigung erfolgt ist. E 20, 100. Dafür aber ergiebt weder der Wortlaut noch der Zweck der Bestimmung einen Anhalt. Das Gesetz hat vielmehr Fälle im Auge, bei denen die Wahrnehmung der im voraufgehenden näher normierten Befugnisse in unangemessener Weise erfolgt. Das Unangemessene kann in der Form oder in den begleitenden Umständen liegen. Z. B.: es werden bei einer Rüge Schimpfworte gebraucht — oder die Rüge wird am Stammtische in Gegenwart dritter erteilt. Bewußtsein der Grenzüberschreitungen gehört zum Vorsatze. So im wesentlichen Kronecker GS 38, 530 ff., Frank, Ztschr. 12, 368, v. Liszt § 95, Binding, Lehrb. 150 ff., E 3, 328, auch Olsh. 14, der jedoch die Absicht zu beleidigen für ausreichend erachtet. Vergl. § 192 I. — Nach E 34, 80 müssen die Umstände die Handlung örtlich und zeitlich umgeben, sie begleiten. Ist jemand früher vor Beleidigungen einer bestimmten Person gewarnt worden, so ist diese Thatsache kein Umstand, der die Anwendbarkeit des § 193 ausschließt.

V. Soweit die in dieser Stelle behandelten negativen Thatumstände in der Person des Thäters vorliegen, ist strafbare **Teilnahme** nicht möglich. Ist trotzdem wegen der Form der Äußerung usw. der Thatbestand der Beleidigung gegeben, so haftet der Teilnehmer nur dann, wenn er darum weiß. So E 29, 6 mit der Ausführung, daß ein berechtigtes Interesse in der Person des Teilnehmers niemals anerkannt werden könne.

Digitized by Google

§ 194.

Die Verfolgung einer Beleidigung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages (§§ 185 bis 193) ist zulässig.

Der im § 61 enthaltene Satz, daß antragsberechtigt der Verletzte ist, gilt auch für die Beleidigung (s. jedoch §§ 189. 195. 196). Wird eine Mehrheit von Personen unter einheitlicher Bezeichnung beleidigt, so ist jede antragsberechtigt. E 3, 12. Richtet sich dagegen die Beleidigung gegen eine Kollektiveinheit als solche oder gegen eine Behörde, so können diese auch nur als solche den Antrag stellen. E 4, 264, R 4, 135. Vergl. Vorbem. II 4 z. 14. Abschn.

Da die herrschende Lehre eine Beleidigung der kaufmännischen Firma als solcher nicht zuläßt, so erklärt sie auch den unter der Firma gestellten Strafantrag für ungenügend. E 1, 178. — Vergl. § 95 III.

§ 195.

Ist eine Ehefrau beleidigt worden, so hat sowohl sie als ihr Ehemann das Recht, auf Bestrafung anzutragen.

I. Die jetzige Fassung der Stelle beruht auf EG z. BGB Art. 34. Die früher hier mitbehandelte Antragsbefugnis des väterlichen Gewalthabers beurteilt sich jetzt lediglich nach § 65. Vergl. BGB § 1626.

II. Die Antragsbefugnis des Ehemannes ist eine selbständige im Sinne des § 65 Abs. 2; sie ist nur dann begründet, wenn die Beleidigung zeitlich in die Dauer der bestehenden Ehe fällt. Mit dem Tode der Frau erlischt das Antragsrecht des Mannes. Ebenso Olsh. 3. A. A. E 1, 29. Vergl. § 65 I a. E.

§ 196.

Wenn die Beleidigung gegen eine Behörde, einen Beamten, einen Religionsdiener oder ein Mitglied der bewaffneten Macht, während sie in der Ausübung ihres Berufes begriffen sind, oder in Beziehung auf ihren Beruf begangen ist, so haben außer den unmittelbar Beteiligten auch deren amtliche Vorgesetzte das Recht, den Strafantrag zu stellen.

I. Die hier vorgesehene **Antragsbefugnis des amtlich Vorgesetzten** ist von der des unmittelbar Verletzten unabhängig, also eine selbständige im Sinne des § 65 Abs. 2. Sie beruht auf dem Gedanken, daß die Beleidigung unter Umständen auch das Ansehen des Amtes oder des Dienstes schädigt. Dies darf indessen nicht zu der Auffassung verleiten, als werde durch die Stelle die passive Beleidigungsfähigkeit weiter erstreckt als sonst. Namentlich ist die „Beleidigung" eines zur Zeit der kritischen Äußerung bereits verstorbenen Beamten, auch wenn sie sich auf seinen früheren Beruf bezieht, nur auf Grund des § 189 verfolgbar. E 13, 95. Abweichend Oppenh.-Del. 3 War aber der Beamte zur Zeit der Beleidigung noch am Leben, so hört mit seinem Tode die Antragsbefugnis des Vorgesetzten nicht auf. Olsh. 7, Rüd.-Stengl. 5. Denn es handelt sich hier nicht wie im Falle des § 195 um eine Vertretung.

II. Über den Begriff der **Behörde** s. § 114 II, über den des **Beamten** § 359. (Der Begriff der „Beamtenbeleidigung" hat keine Berechtigung mehr.) Den Religionsdiener wird man im Sinne dieser Stelle einfach als „Angestellten" einer religiösen Korporation aufzufassen haben. Die herrschende Lehre beschränkt den Be-

Digitized by Google

griff auf solche Personen, die nicht rein mechanische, oder gar auf solche, die gottesdienstliche Verrichtungen zu erfüllen haben. Offenbar will aber § 196 die Angestellten der Kirche auf gleicher Linie mit denen des Staates behandeln. Mitglieder der bewaffneten Macht bedeutet dasselbe wie Mannschaften der bewaffneten Macht im § 113.

III. **Objektive Voraussetzungen des Antragsrechts des Vorgesetzten.** — Wegen einer gegen die vorgenannten Personen gerichteten Beleidigung hat der amtliche Vorgesetzte das Antragsrecht:

1. wenn die Beleidigung begangen wird, während die betroffene Person in der Ausübung ihres Berufes begriffen ist. Trotz des Wortlauts wird man bezweifeln dürfen, ob eine üble Nachrede oder Verleumdung, die zufällig gerade zu der Zeit erfolgt, während welcher der Beamte als solcher thätig ist, hierher gehört. Vielmehr wird man die Beschränkung hinzuzufügen haben, daß die Äußerung von einer bei der Ausübung des Berufes anwesenden Person ausgehen muß. Ebenso Olsh. 4;
2. wenn die Beleidigung in Beziehung auf den Beruf begangen ist. In Beziehung auf den Beruf ist die Beleidigung begangen, wenn sie die amtliche Thätigkeit erkennbar zur Grundlage oder zum Gegenstande hat. So Olsh. 4. An dieser Beziehung fehlt es, wenn dem Beamten ein außeramtliches Verhalten zum Vorwurfe gemacht wird, selbst wenn es ihn seiner Stellung unwürdig erscheinen ließe. E 3, 244. 12, 267. 21, 336. 26, 34. A. A. Bartolomäus, Ztschr. 16, 142 ff. Geht allerdings die beleidigende Äußerung dahin, daß das außerdienstliche Verhalten im Widerspruche mit einer der betr. Beamtenkategorie besonders auferlegten Berufspflicht stehe, so nimmt das RG Beziehung auf den Beruf an. Z. B. der gegen Militärpersonen gerichtete Vorwurf des unbefugten Waffengebrauchs außerhalb des Dienstes. E 12, 49, R 7, 535. Mit Recht verneint E 32, 273 die Beziehung auf den Beruf bei beleidigender Kritik der Sachverständigenthätigkeit eines Beamten, bei der dieser nicht als solcher aufgetreten ist, selbst wenn er die erforderlichen Kenntnisse und Erfahrungen als solcher erworben hat.

IV. Treffen die erwähnten Voraussetzungen zu, so ist antragsberechtigt nicht nur der unmittelbare, sondern auch der mittelbare Vorgesetzte, und zwar jeder unabhängig von dem andern. Wer aber Vorgesetzter ist, kann nur auf Grund der einschlagenden staats- oder kirchenrechtlichen Bestimmungen ermessen werden. Ein mehrfaches Dienstverhältnis kann mehrere gleichgeordnete Vorgesetzte zur Folge haben, von denen dann jeder für den ihm unterstehenden Teil der Dienstthätigkeit das Antragsrecht besitzt. E 4, 220.

Tritt ein Wechsel in der Person des Vorgesetzten ein, so fragt es sich, welcher zur Antragsstellung berufen ist. Aus dem unter I Dargelegten folgt, daß die Antragsbefugnis nur demjenigen Vorgesetzten zukommt, der Vorgesetzter des Amtes ist, auf das sich die Beleidigung indirekt bezieht. E 19, 23.

§ 197.

Eines Antrages bedarf es nicht, wenn die Beleidigung gegen eine gesetzgebende Versammlung des Reichs oder eines Bundesstaats, oder gegen eine andere politische Körperschaft begangen worden ist. Dieselbe darf jedoch nur mit Ermächtigung der beleidigten Körperschaft verfolgt werden.

I. Gesetzgebende Versammlungen des Reiches sind der Bundesrat und der Reichstag. Gesetzgebende Versammlungen eines Bundesstaates sind die Kammern oder Landtage. Unter den „andern politischen Körperschaften" wird man alle Körperschaften zu

Digitized by Google

verstehen haben, die, ohne Behörden zu sein, zur Förderung staatlicher Zwecke rechtlich berufen sind. Dahin gehören namentlich auch die im Dienst der kommunalen Selbstverwaltung stehenden Körperschaften, z. B. Provinzialtage, Gemeinderäte. Vergl. Hausmann, Die Beleidigung gesetzgebender Versammlungen usw. (1892) 37 ff.

II. Über das Wesen der Ermächtigung s. § 99 II. Der Umstand, daß die beleidigte Versammlung anders zusammengesetzt ist als zur Zeit der Beleidigung, steht ihrer Befugnis zur Erteilung der Ermächtigung nicht entgegen. Dies gilt selbst dann, wenn die frühere Versammlung förmlich aufgelöst worden oder wenn ihre Legislaturperiode abgelaufen ist. Vergl. E 7, 382.

§ 198.

Ist bei wechselseitigen Beleidigungen von einem Teile auf Bestrafung angetragen worden, so ist der andere Teil bei Verlust seines Rechts verpflichtet, den Antrag auf Bestrafung spätestens vor Schluß der Verhandlung in erster Instanz zu stellen, hierzu aber auch dann berechtigt, wenn zu jenem Zeitpunkte die dreimonatliche Frist bereits abgelaufen ist.

I. **Wesen der wechselseitigen Beleidigung.** Die Stelle enthält eine Ausnahme von der regelmäßigen Dauer der Antragsfrist, und zwar eine Ausnahme, die sich bald als eine Verlängerung, bald als eine Verkürzung der Normalfrist darstellt. Der innere Grund der Bestimmung ist in der Erwägung zu finden, daß, wenn von mehreren Personen jede die andere beleidigt hat und von ihr beleidigt worden ist, eine Bestrafung nur der einen als ungerechtfertigte Härte erscheinen würde. (Um auch die Möglichkeit einheitlicher Aburteilung zu gewähren, läßt StPO § 428 im Privatklageverfahren die Möglichkeit der Widerklage zu). Jener Gesichtspunkt trifft aber nur zu, falls Beleidigung und Gegenbeleidigung in einem inneren Zusammenhange stehen derart, daß die eine durch die andere hervorgerufen ist, wenn auch nicht sofort. Deshalb ist, wie auch schon der Wortlaut ergiebt, der Begriff der wechselseitigen Beleidigungen nur in diesem Sinne zu verstehen. Ebenso Berner 490, Olsh. 1, Oppenh.-Del. 1, Rüd.-Stengl. 2. Abweichend v. Liszt § 89, Hälschner 2, 209, E 2, 87. Nach Ansicht der letzteren braucht ein innerer Zusammenhang zwischen Beleidigung und Gegenbeleidigung nicht vorzuliegen und genügt es, wenn nur jede der beteiligten Personen beleidigte und beleidigende ist. S. dagegen unten III.

II. Der Schluß der Verhandlung fällt mit der Beendigung der Schlußvorträge zusammen.

III. Bei Versäumung der im § 198 bestimmten Antragsfrist tritt Ausschluß selbst dann ein, wenn dem Angeklagten die ihm zugefügte Beleidigung unbekannt war. Ist dies schon eine ungerechtfertigte Härte, so zeigt sich gerade hier, daß die unter I erwähnte Ansicht des RG's geradezu widersinnige Ergebnisse liefert. Z. B. A ruft am 1./2 dem B in der Erregung ein Schimpfwort zu; B klagt gegen A, und dieser wird verurteilt. Hinterher erfährt A, daß ihn B am 1./1 in der niederträchtigsten Weise verleumdet hat. Nach der Ansicht des RG's könnte A die Bestrafung des B nicht mehr verlangen.

IV. Der eventuelle Verlust des Antragsrechts tritt nur für „den andern Teil", d. h. für den Angeklagten ein, nicht aber für diejenigen Personen, die unabhängig von ihm ein Antragsrecht haben.

V. Nach § 232 Abs. 3 findet die Stelle auch auf Körperverletzungen Anwendung. Dies ist nach der Fassung des Gesetzes wie aus innern Gründen in dem Sinne zu verstehen, daß die Vorschriften des § 198 sowohl dann gelten, wenn Körperverletzungen unter einander, als auch dann, wenn sie mit Beleidigungen im Verhältnisse der Wechsel-

Digitized by Google

seitigkeit stehen. Ebenso Löwe-Hellw. 2 zu StPO § 428, Olsh. 7, Schwarze 6 zu § 232. A. A. Oppenh.-Del. 11, Rüd.-Stengl. 7 zu § 232.

§ 199.

Wenn eine Beleidigung auf der Stelle erwidert wird, so kann der Richter beide Beleidiger oder einen derselben für straffrei erklären.

I. Die Stelle bringt die **Kompensationsfähigkeit von Beleidigung und Gegenbeleidigung** (Retorsion) zum Ausdruck. Bei dem Retorquenten wird der Affekt berücksichtigt, bei dem Vorbeleidiger die Gegenbeleidigung als Strafe angesehen. Vergl. Beling, Die geschichtliche Entwicklung der Retorsion und Kompensation usw. (1894) und Steinitz, Die sogenannte Kompensation im Reichsstrafgesetzbuche (1895).

II. Zur Kompensationsfähigkeit gehört folgendes:

1. Es muß die Beleidigung (durch eine Gegenbeleidigung) *erwidert* sein. In dem Wesen der Erwiderung liegt das Erfordernis des kausalen Zusammenhangs der Beleidigungen. Demnach müssen diese *wechselseitige* in dem § 198 I dargelegten Sinne sein. So die allgemeine Ansicht. Vergl. auch StPO § 500. An der Wechselseitigkeit fehlt es aber nicht nur beim Mangel eines Kausalverhältnisses zwischen Beleidigung und Gegenbeleidigung, sondern auch dann, wenn Beleidiger und Retorquent verschiedene Personen sind. Nicht kompensabel sind daher Beleidigung einer fremden Ehefrau und Gegenbeleidigung von seiten des Ehemanns.
2. Die Erwiderung muß „auf der Stelle" erfolgen. Dies ist selbstverständlich nicht örtlich, sondern zeitlich zu nehmen, und zwar in dem Sinne, daß der durch die erste Beleidigung erregte Affekt noch andauern muß.
3. Beleidigung und Gegenbeleidigung müssen Beleidigungen im Rechtssinne sein. Entfällt also auf der einen oder der andern Seite wegen mangelnder Rechtswidrigkeit der Begriff der Beleidigung (vergl. bes. § 193), so ist Kompensation ausgeschlossen. Persönliche Strafausschließungsgründe oder prozessuale Privilegien stehen der Kompensation nicht entgegen. Deshalb kann auch gegenüber der nach § 11 oder RV Art. 30 unverfolgbaren parlamentarischen Beleidigung Aufrechnung stattfinden. Unzutreffend ist der Einwand, daß durch die Kompensation der Abgeordnete zur Verantwortung gezogen würde. Übereinstimmend Binding 1, 676, Kronecker, GS 41, 21, jetzt wohl auch v. Liszt § 72. A. A. Olsh. 5 zu § 11, Rüd.-Stengl. 1, E 4, 14. Gegen dieses Urteil bes. Schwedler, Parlamentarische Rechtsverletzungen (1898) 21 ff. 28 ff. Daß die Äußerung des Abgeordneten unter § 193 fallen und deshalb rechtgemäß sein kann, ist selbstverständlich. Vergl. Steinitz a. a. O. 50. Übrigens giebt auch das RG (R 4, 183) zu, daß der Gegenbeleidigung der Schutz des § 193 zur Seite stehen kann.

III. Anderseits ist *nicht* Erfordernis der Kompensabilität, daß beide Beleidigungen zur Aburteilung stehen, ja nicht einmal, daß wegen beider Strafantrag gestellt ist. Selbstverständlich aber kann für straffrei nur die gerade zur Aburteilung stehende Beleidigung erklärt werden.

IV. Ob der Richter kompensiert, ist Sache seines Ermessens. Keiner der Beteiligten hat also einen Anspruch darauf. Zur Umwandlung der Strafe in eine solche, die bei Beleidigung nicht angedroht ist, ist der Richter nicht befugt. Vergl. dagegen § 233.

V. Trotz der Möglichkeit der Kompensation bleibt die Gegenbeleidigung immer *rechtswidrig*. Dies ergiebt sich teils aus dem Umstande, daß ein Anspruch auf Kompensation nicht besteht, teils daraus, daß auch der Vollzug der Kompensation zur Freisprechung nicht von der Schuld, sondern nur von der Strafe führt. Aus der Rechtswidrigkeit der Gegenbeleidigung folgt zunächst die Strafbarkeit der *Teilnehmer*, ferner die Unerheblichkeit der irrtümlichen Annahme, vorbeleidigt zu sein.

Digitized by Google

§ 200.

Wird wegen einer öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen begangenen Beleidigung auf Strafe erkannt, so ist zugleich dem Beleidigten die Befugnis zuzusprechen, die Verurteilung auf Kosten des Schuldigen öffentlich bekannt zu machen. Die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben ist in dem Urteile zu bestimmen.

Erfolgte die Beleidigung in einer Zeitung oder Zeitschrift, so ist der verfügende Teil des Urteils auf Antrag des Beleidigten durch die öffentlichen Blätter bekannt zu machen, und zwar wenn möglich durch dieselbe Zeitung oder Zeitschrift und in demselben Teile und mit derselben Schrift, wie der Abdruck der Beleidigung geschehen.

Dem Beleidigten ist auf Kosten des Schuldigen eine Ausfertigung des Urteils zu erteilen.

I. Die Veröffentlichung des Strafurteils verfolgt offenbar den Zweck, den Beleidigten vor derselben Instanz zu rehabilitieren, vor der er durch die Beleidigung kompromittiert wurde. Es handelt sich also um eine ideelle Entschädigung, die auf einer Stufe mit der Buße steht und daher als Privatgenugthuung, nicht als Nebenstrafe aufzufassen ist. So Binding, Lehrb. 163, v. Liszt § 58, Meyer 7, Olsh. 4, Oppenh.-Del. 2. A. A. Hälschner 2, 213, Merkel 173, Rüd.-Stengl. 10, E 6, 180. Wird sie als Privatgenugthuung aufgefaßt, so hat sie auch bei Idealkonkurrenz zwischen Beleidigung und einem schwereren Delikte einzutreten. Betrachtet man sie dagegen als Strafe, so ist sie in diesem Falle unzulässig. Vergl. § 73 VI 2.

Die Publikationsbefugnis ist auszusprechen bei jeder öffentlich oder durch Verbreitung von Schriften, Darstellungen oder Abbildungen begangenen Beleidigung. Vergl. § 186 IV. Ob auch der Fall des § 189 hierher gehört, ist bestritten, aber vom Standpunkte der zu § 189 I vertretenen Auffassung dieses Delikts zu bejahen. Ebenso im Ergebnis Olsh. 5, Rüd.-Stengl. 8. A. A. Binding, Lehrb. 164 und wohl auch R 1, 360. Erfolgt dagegen die Verurteilung wegen preßrechtlicher Fahrlässigkeit (Preßges. § 21), so ist nach der herrschenden Lehre die Veröffentlichung des Strafurteils nicht zulässig. E 13, 319.

Treffen die gesetzlichen Voraussetzungen zu, so muß dem Beleidigten (auch ohne Antrag) die Publikationsbefugnis zugesprochen werden. Dem Ermessen des Gerichts ist nur die Art der Bekanntmachung, sowie die Frist zu derselben überlassen. Zu der „Art der Bekanntmachung" gehört auch ihr Umfang. Sie kann auf den Eingang des Urteils und den Tenor beschränkt werden, aber auch das ganze Urteil umfassen. E 20, 1. Betrifft das Urteil noch andere Delikte, so ist die Publikationsbefugnis, wenn möglich, auf den Teil zu beschränken, der sich auf die Beleidigung bezieht. E 27, 176.

Eine Beschränkung des richterlichen Ermessens hinsichtlich der Art und Frist der Bekanntmachung tritt ein, wenn die Beleidigung in einer Zeitung oder in einer Zeitschrift erfolgt ist. In diesem Falle muß das Gericht (einen Antrag des Beleidigten vorausgesetzt) die Bekanntmachung der Verurteilung gerade in der Weise anordnen, wie es der zweite Absatz bestimmt. Enthält das (rechtskräftige) Urteil keine entsprechende Verfügung, so kann der Beleidigte nachträglich (etwa durch einen Antrag bei der Vollstreckungsbehörde) die Veröffentlichung in der Zeitung nicht mehr betreiben. E 14, 154. A. A. bes. Rüd.-Stengl. 10. — Übrigens kann das Gericht auch in Fällen des 2. Abs. noch eine andere Art der Veröffentlichung anordnen. E 20, 1.

Digitized by Google

Die auf Grund des ersten Absatzes für zulässig erklärte Veröffentlichung ist durch den Beleidigten, die auf Grund des zweiten Absatzes ausgesprochene durch die Vollstreckungsbehörde zu veranlassen. Vergl. Preßgef. § 10. Im letzteren Falle gehören die entstehenden Kosten zweifellos zu den Prozeßkosten. Ob auch im ersteren Falle, ist fraglich, aber richtiger mit Olsh. 10 zu verneinen. Dem Beleidigten steht der Weg der Zivilklage in der Form des Urkundenprozesses zu Gebote.

II. Der letzte Absatz kann seinem ganzen Zusammenhange nach nur auf die öffentliche oder durch Verbreitung von Schriften usw. begangene Beleidigung bezogen werden. Die herrschende Lehre dagegen nimmt an, daß er für alle Fälle der Beleidigung gelte. Jedenfalls ist die rechtliche Natur der Ausfertigung des Strafurteils dieselbe wie die der Veröffentlichung. Vergl. v. Liszt § 58.

III. Die Publikationsbefugnis und die Ausfertigung des Strafurteils sind dem Beleidigten zu erteilen, also grundsätzlich nicht dem Antragsberechtigten, auch nicht dem, der ein selbständiges Antragsrecht hat. Ebenso Oppenh.-Del.6 A. A. Binding, Lehrb. 163, Olsh. 5 und v. Liszt § 97. Ist der Antragsberechtigte allerdings der gesetzliche Vertreter, so kann er hier wie in andern Beziehungen den Beleidigten vertreten und die Publikationsbefugnis ihm wohl auch persönlich im Urteil erteilt werden. Im Falle des § 189 ist der Antragsteller selbst mit beleidigt. Das RG hat wiederholt (R 1, 360, E 14, 327) erklärt, daß im Falle des § 196 dem Vorgesetzten das Recht der Veröffentlichung zuzusprechen sei. Zuzugeben ist aber nur, daß, wenn die Behörde als solche beleidigt ist, die Publikationsbefugnis ihr zu gewähren ist. Vergl. E 33, 396. — Ist der Beleidigte zur Zeit der Urteilsfällung gestorben, so kann auf Veröffentlichung nicht erkannt werden. E 16, 73. Jedoch will diese Entscheidung eine Ausnahme dann zulassen, wenn der Beleidigte im Falle des zweiten Abs. noch den Antrag gestellt hatte. Gegen diese Ausnahme Binding, Lehrb. 163.

Fünfzehnter Abschnitt.

Zweikampf.

I. Der **Begriff des Zweikampfs** wird vom Gesetze nicht definiert. Der Wortlaut aber zeigt, daß er ein Kampf zwischen zwei Personen ist.

1. Der Kampf läßt sich bestimmen als eine Thätigkeit, bei welcher eine Person entweder eine andere durch körperliche Verletzung oder Tötung zu besiegen versucht oder einer in gleicher Absicht gegen sie selbst gerichteten Thätigkeit verteidigungsweise gegenübertritt. Nach dieser sich an den Sprachgebrauch des Lebens anschließenden Definition kämpft auch derjenige, der nur die Hiebe des andern pariert, ihn aber nicht verletzen will. Dagegen kämpft nicht, wer ohne die Absicht, selbst den Gegner durch einen Schuß zu treffen, sich den Schüssen desselben aussetzt; denn hier liegt nicht einmal eine Verteidigung vor. Anders in letzterer Beziehung die herrschende Lehre, von der irrtümlichen Ansicht ausgehend, daß das bloße Antreten eine Verteidigung sei. Es giebt demnach auch einen einseitigen Zweikampf. Unbestritten ist, daß bei gegenseitigem Einverständnis über den Mangel der Verletzungsabsicht auf beiden Seiten nur ein Scheinkampf vorliegt, und dasselbe muß mit E 21, 146 auch dann angenommen werden, wenn thatsächlich die Verletzungsabsicht auf keiner Seite vorhanden ist, aber jede Partei glaubt, die andere wolle sie verletzen. — Der Kampf beginnt in dem Augenblicke, in welchem von der einen Seite eine Angriffshandlung vorgenommen wird, und zwar für beide Parteien, sofern nur die zunächst angegriffene die Absicht hat, ihrerseits wiederum anzugreifen oder sich zu verteidigen. E 4, 408. Eine nur scheinbare Angriffshandlung (Schießen in die Luft) genügt objektiv nicht. Ebenso

Digitized by Google

Hälschner 2, 953, Oppenh.-Del. 1 u. 2 zu § 205. A. A. Olsh. 1 zu § 205. Das amerikanische Duell ist, weil nicht Kampf, auch nicht Zweikampf, und wegen mangelnder Strafdrohung straflos. So die herrschende Lehre (vergl. bes. Berger, Das sog. amerikanische Duell und die studentische Schlägermensur [1892]) gegen Binding 1, 702 (auch Lehrb. 26), welcher Mord, und gegen Kohler, Studien 1, 144, welcher Tötung des Einwilligenden annimmt.

2. Der Kampf muß zwischen zwei Personen stattfinden. Bei einem Kampfe zwischen mehreren Personen liegt unter Umständen Raufhandel (§ 227) vor.
3. Zu diesen durch den Wortlaut geforderten Begriffsmerkmalen tritt, wie sich insbesondere aus § 207 ergiebt, als weiteres hinzu, daß der Kampf unter den Parteien vereinbart sein, sich nach bestimmten, hergebrachten oder festgesetzten, Regeln vollziehen muß. Ob zwischen der Vereinbarung und der Ausführung eine längere oder kürzere Zeit liegt, ist gleichgiltig. Daher ist auch das sogenannte Rencontre Zweikampf, nicht aber die Attacke, d. h. der Angriff unter Aufforderung zur Gegenwehr, weil es hier an der Vereinbarung überhaupt fehlt.

Demgemäß ist der Zweikampf der vereinbarte nach bestimmten, hergebrachten oder festgesetzten Regeln sich vollziehende Kampf zwischen zwei Personen. — Ein bestimmtes Motiv gehört nicht zum Begriffe. (Früher bestritten, jetzt allgemein anerkannt.)

II. **Tödlichkeit der Waffen.** — Das Gesetz bestraft aber keineswegs jeden Zweikampf, sondern nur den Zweikampf mit tödlichen Waffen, also bspw. nicht den im Faustkampf oder Boxen bestehenden Zweikampf. Nach Ansicht der meisten, z. B. v. Liszt § 93, liegt in derartigen Fällen überhaupt kein Zweikampf vor, weil die Anwendung von Waffen zum Begriffe gehöre. Dagegen Levi, Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen (1889) 93.

1. Unter Waffen sind nach der herrschenden Lehre nur Waffen im technischen Sinne zu verstehen, und die meisten (z. B. Olsh. 9 zu § 201, v. Liszt § 93, E 7, 29) fordern sogar, daß die Waffe einer der hergebrachten Sitte entsprechende „Duellwaffe" sei. Die letztere Ansicht ist ohne jeden positiven Anhalt, und es ist in der That nicht einzusehen, weshalb zwei Ulanenunteroffiziere, die sich auf Lanzen duellieren, nicht auch einen Zweikampf im Sinne des Gesetzes ausfechten. Zustimmend Binding, Lehrb. 69. Ebensowenig aber kann eine Waffe im technischen Sinne verlangt werden, weil sich der Begriff einer solchen nicht bestimmen läßt. Wenn z. B. Olsh. 2 zu § 127 im Anschluß an E 1, 443 sagt, Waffe sei ein Werkzeug, welches bestimmungsgemäß Menschen zum Angriff oder zur Verteidigung bei äußeren Kämpfen dient und geeignet ist, äußere Körperverletzungen beizubringen — so paßt dies z. B. nicht auf die Pistole, die zum Zwecke des Scheibenschießens angefertigt worden ist, wie denn überhaupt (abgesehen von militärischen Verhältnissen) die Mehrzahl der Flinten, Pistolen und Säbel eher zu allem andern als zum Angriffe gegen Menschen und zur Verteidigung solcher bestimmt ist. Richtig erklärt dagegen Levi, Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen 98 als Waffen im Sinne des § 201 „alle zum Angriffsmittel gegen Menschen tauglichen Gegenstände der äußeren Natur, falls sie in concreto zum Kampfmittel bestimmt werden". Daß die Waffen annähernd gleichwertig sein müssen, so daß Angriff und Verteidigung gegeneinander möglich sind, liegt schon im Begriffe des Kampfes. Meist wird auch Gleichartigkeit gefordert. So z. B. Oppenh.-Del. 1 zu § 201. Dagegen mit Recht v. Liszt § 93.
2. Sehr bestritten ist die Frage, was unter tödlichen Waffen zu verstehen sei. Man darf eine Waffe nicht deshalb eine tödliche nennen, weil sie den Tod herbeiführen kann; denn geeignet hierzu ist unter Umständen schlechthin jede Waffe. Ebensowenig ist es zutreffend, wenn man als tödlich etwa mit Olsh. 12 zu § 201 eine Waffe bezeichnet, die zur Beibringung tödlicher Verletzungen bestimmt ist.

Digitized by Google

Denn auf die abstrakte Bestimmung kann es nach dem unter 1 Ausgeführten nicht ankommen. Vielmehr ist der Begriff aus dem Wesen des Zweikampfdelikts heraus festzusetzen. Nach der jetzt fast unbestrittenen Ansicht (vergl. jedoch Hälschner 2, 939) ist aber der Zweikampf ein Gefährdungsdelikt gegen Leib und Leben. Tödlich ist daher eine solche Waffe, deren Anwendung die Gefahr einer Tötung herbeiführt. Ob dies der Fall ist, kann aber nur nach der Art und Weise ihrer Anwendung beurteilt werden. Sind daher solche Schutzmaßregeln getroffen, die nach menschlichem Ermessen die Möglichkeit einer Tötung ausschließen oder wenigstens die Wahrscheinlichkeit der Tötung nach den Regeln der Erfahrung auf ein Minimum reduzieren, so kann die Waffe nicht als eine tödliche bezeichnet werden. Daher sind die studentischen Schlägermensuren nicht als Zweikämpfe mit tödlichen Waffen anzusehen. So im Ergebnis die in der Theorie herrschende Lehre (vergl. Binding, Lehrb. 69, v. Liszt § 93, Olsh. 14 zu § 201) und früher auch RG, das jedoch seit der Entscheidung der Vereinigten Strafsenate in E 8, 87 die entgegengesetzte Ansicht vertritt. S. über die Frage besonders Hälschner, GS 34, 1 ff., Kronecker, GS 35, 201 ff., Sontag, Ztschr. 2, 1 ff., v. Buri GS 35, 328 ff., Rödenbeck, GS 37, 144 ff., Keßler, Die Einwilligung des Verletzten (1884) 95 und Berger a. a. O. Vergl. auch u. IV. Ausdrücklich wird das Erfordernis der Tödlichkeit der Waffen übrigens nur im § 201 aufgestellt. Bei dem engen Zusammenhang der Bestimmungen unterliegt es aber keinem Zweifel, daß es überall zu subintelligieren ist. A. A. Schütze 293.

III. **Die im Zweikampfe mit tödlichen Waffen zugefügten Verletzungen haben für sich keine besondere strafrechtliche Bedeutung,** sondern werden in der Strafbarkeit des Zweikampfs als solchen mit inbegriffen (folgt aus § 207). Es fragt sich aber, wie die in einem straflosen, weil nicht mit tödlichen Waffen ausgefochtenen Zweikampfe zugefügten rechtlich zu behandeln sind. Überwiegende Gründe sprechen hier für völlige Straflosigkeit. „Denn es läßt sich nicht einsehen, warum der Zweikampf, dessen lebensgefährlicher Ausgang . . . vermieden werden soll, . . . schwerer strafbar sein sollte als der lebensgefährliche". So v. Buri, GS 34, 358. Derselben Ansicht Olsh. 3 zum 15. Abschn., v. Liszt § 93, Binding 1, 368, ders. Lehrb. 69, Rödenbeck, Der Zweikampf im Verhältnis zur Tötung und Körperverletzung (1883) 51, Berger a. a. O. 42. A. A. Meyer 493, Merkel 305, Hälschner 2, 944. Jedoch soll nach diesen Schriftstellern wenigstens der Gesichtspunkt der Einwilligung zur Straflosigkeit führen können. Kommt bei einem derartigen Zweikampf eine Tötung vor, so wird allerdings nichts übrig bleiben, als Anwendung der Vorschriften über gemeine Tötung oder Körperverletzung mit tödlichem Erfolg. Ebenso Binding, Lehrb. 68. 69.

IV. **Landesgesetzliche Bestimmungen.** — Nach den vorhergegangenen Ausführungen kann nicht angenommen werden, daß das StGB die Tendenz habe, den Zweikampf erschöpfend zu regeln. Daher sind landesgesetzliche Bestimmungen über den Zweikampf mit nichttödlichen Waffen, insbesondere über die studentischen Schlägermensuren zulässig. S. besonders Badisches EG z. StGB § 8. Gleicher Ansicht Kronecker, GS 35, 233, Sontag, Ztschr. 2, 6. Abweichend die weitaus herrschende Lehre, deren Vertreter jedoch meist zugeben, daß die disziplinären Vorschriften gegen Schlägermensuren noch nicht in Kraft sind.

§ 201.

Die Herausforderung zum Zweikampf mit tödlichen Waffen, sowie die Annahme einer solchen Herausforderung wird mit Festungshaft bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Stelle bezeichnet zwei Handlungen, die begrifflich nur Vorbereitungshandlungen zum Zweikampfe sind, als strafbar, nämlich

Digitized by Google

1. die **Herausforderung**. Da das Überbringen einer Herausforderung im § 203 besonders behandelt wird, so folgt, daß es sich nur um die Herausforderung zum eigenen Zweikampfe handelt. Thäter ist dementsprechend auch derjenige, der die Herausforderung nicht in Person, sondern durch einen Kartellträger ergehen läßt, obwohl nach allgemeinen Grundsätzen nur Anstiftung gegeben sein würde. Die Herausforderung muß ernstlich gemeint sein. Denn eine Vorbereitungshandlung hat nur unter der Voraussetzung des ernstlichen Willens, das Hauptdelikt zu begehen, rechtliche Bedeutung. Ebenso v. Liszt § 93. A. A. Olsh. 17, E 22, 139, nach welchen es genügen soll, wenn der Geforderte die Forderung als ernstlich gemeint ansieht. Dabei wird aber vom RG nicht beachtet, daß es sich nicht um ein Delikt gegen den Rechtsfrieden handelt und daß seine Rechtsprechung bezüglich des § 49a damit im Widerspruch steht. Vergl. Frank, Ztschr. 14, 387. — Die Art der Waffen braucht nicht ausdrücklich bei der Forderung erklärt zu werden. Auch dann, wenn aus den Umständen zu folgern ist, daß der Zweikampf nach der Intention des Fordernden mit tödlichen Waffen ausgefochten werden sollte, ist der Thatbestand gegeben. E 22, 139. — Vollendet ist das Delikt, sobald die Herausforderung zur Kenntnis des Geforderten oder seines Beauftragten gelangt. — Qualifizierter Fall MStGB § 112;
2. die **Annahme der Herausforderung**. Auch diese muß ernstlich gemeint sein. Vollendet ist das Delikt, sobald die Erklärung zur Kenntnis des Fordernden oder der von ihm bevollmächtigten Person gelangt. Eine Annahme unter andern Bedingungen, als der fordernde Teil vorschlägt, ist ebenfalls Annahme, und selbst dann nicht Herausforderung, wenn der Geforderte schwerere Waffen wählt. Vergl. Olsh. 19. — Über den Fall, daß der Geforderte die Annahme durch eine Mittelsperson erklären läßt, s. § 203. — Qualifizierter Fall MStGB § 112.

§ 202.

Festungshaft von zwei Monaten bis zu zwei Jahren tritt ein, wenn bei der Herausforderung die Absicht, daß einer von beiden Teilen das Leben verlieren soll, entweder ausgesprochen ist oder aus der gewählten Art des Zweikampfs erhellt.

Hierher gehört z. B. der Fall des Schießens über das Schnupftuch, aber nicht das Fechten, auch nicht das Schießen „bis zur Kampfunfähigkeit". Zustimmend Binding, Lehrb. 70. Wenn der Fordernde eine Art des Zweikampfs vorgeschlagen hat, aus welcher die Absicht folgt, daß einer der beiden Teile das Leben verlieren solle, der Geforderte aber nur auf eine mildere Art eingeht, so trifft § 202 nur bezüglich des Fordernden zu. Stellt umgekehrt der Geforderte tödliche Bedingungen, so will Binding, Lehrb. 70. 71 die Stelle auf ihn anwenden.

§ 203.

Diejenigen, welche den Auftrag zu einer Herausforderung übernehmen und ausrichten (Kartellträger), werden mit Festungshaft bis zu sechs Monaten bestraft.

I. Die Übernahme und Ausrichtung des Auftrags zu einer Herausforderung würde an sich als Beihilfe zu dem Delikte des § 201 erscheinen, wird jedoch vom Gesetze als del. s. g. behandelt und hinsichtlich der Strafbarkeit der Herausforderung selbst gleichgestellt. Die wesentlichste Konsequenz liegt darin, daß der im § 202 vorgesehene Strafschärfungsgrund demjenigen gegenüber, der die Forderung ausrichtet, nicht zur An-

Digitized by Google

wendung gebracht werden kann. — Über die Behandlung des Kartellträgers, im Falle es zum Zweikampfe kommt, s. § 205 IV.

II. Das Gesetz beschränkt den Begriff des Kartellträgers auf den Überbringer einer fremden Forderung. Insbesondere ist nicht Kartellträger:

1. wer im Auftrage des Geforderten die Annahme der Forderung erklärt. Er erscheint vielmehr als Gehilfe zu dem Delikte des § 201. So die herrschende Lehre und E 25, 81. A. A. Binding, Lehrb. 71. Demnach ist § 202 auf den Überbringer der Annahme der Forderung anwendbar;
2. wer nach erfolgter Herausforderung und Annahme derselben in der Angelegenheit des Zweikampfs im Auftrage der Parteien verhandelt (z. B. über Ort und Zeit des Duells). Eine solche Person kann nur als Gehilfe zum Zweikampfe selbst angesehen werden. Ihre Strafbarkeit ist somit davon abhängig, daß es wirklich zum Zweikampfe kommt. Vergl. 25, 81.

§ 204.

Die Strafe der Herausforderung und der Annahme derselben, sowie die Strafe der Kartellträger fällt weg, wenn die Parteien den Zweikampf vor dessen Beginn freiwillig aufgegeben haben.

I.

1. Ein **Aufgeben des Zweikampfs** liegt vor, wenn die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend darüber einig sind, daß die zwischen ihnen obwaltende Differenz nicht im Wege des Zweikampfs ausgetragen werden solle. Aufgeschoben ist aber auch hier nicht aufgehoben. Aufgeben kann man nur etwas, wozu man bereits entschlossen war. Die Parteien können also den Zweikampf erst dann aufgeben, wenn sie vorher sich auf seine Ausfechtung geeinigt hatten. Daher ist der Fordernde nicht etwa deshalb straflos, weil der Gegner die Forderung ablehnt. E 4, 113.

2. **Freiwillig** ist das Aufgeben des Zweikampfes dann, wenn es erfolgt, ohne daß die Parteien an seinem Vollzuge durch Umstände verhindert wurden, welche von ihrem Willen unabhängig waren. Vergl. § 46. Der Freiwilligkeit kann der Umstand entgegenstehen, daß die Parteien „gestört" wurden, als sie im Begriffe waren, den Zweikampf auszufechten. Aber keineswegs ist nach eingetretener Störung die Freiwilligkeit des Rücktritts unbedingt zu verneinen. Denn es ist sehr wohl möglich, daß trotz der Störung hinterher die Parteien aus anderen Gründen definitiv den Zweikampf aufgeben. Bedenklich deshalb E 13, 1.

3. Der Rücktritt muß **vor Beginn des Zweikampfs** erfolgen. Vergl. darüber Vorbem. I 1 z. 15. Abschn.

II. Die **Wirkung des Rücktritts** ist eine „objektive", d. h. es wird durch sie die Strafloſigkeit aller Beteiligten bewirkt. Für den Gehilfen, der die Annahme der Forderung im Auftrage des Geforderten erklärt hat, folgt die Strafloſigkeit teils aus der objektiven Ausdrucksweise des Gesetzes, teils und besonders aus der Analogie mit dem Kartellträger. Vergl. dagegen § 46 V.

Fraglich ist die Wirkung eines einseitigen Rücktritts. Da ein solcher für die andere Partei keinesfalls ein freiwilliger ist, so bleibt sie strafbar. A. A. Rüd.-Stengl. 2, die im Anschluß an das Berliner Obertribunal den einseitigen Rücktritt dem beiderseitigen gleichstellen. Dagegen wird man allerdings die Strafloſigkeit der zurücktretenden Partei anzunehmen haben. Ebenso Binding, Lehrb. 71, Olsh. 6, E 34, 200, während Oppenh.-Del. 2, v. Liszt § 93, Levi, Zur Lehre von Zweikampfverbrechen 123 dem einseitigen Rücktritt überhaupt keine Wirkung beilegen. Neben der zurücktretenden Partei wird man auch ihren Gehilfen, aber nicht ihrem Kartellträger, Strafloſigkeit beizumessen haben.

Digitized by Google

§ 205.

Der Zweikampf wird mit Festungshaft von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.

I. Über den Begriff des Zweikampfs s. die Vorbem. z. 15. Abschn. Das Delikt ist vollendet, sobald der Zweikampf begonnen hat. S. daselbst I 1. — Qualifizierter Fall MStGB § 112.

II. Da Herausforderung und Annahme notwendige Vorbereitungshandlungen des Zweikampfes sind, so ist selbstverständlich, daß die dafür festgesetzte Strafe durch den wirklichen Vollzug des Zweikampfs absorbiert wird. Es liegt nur scheinbar Konkurrenz vor. E 4, 408. S. § 73 VII 2 b α.

III. Die Teilnahme richtet sich nach den allgemeinen Regeln. (S. jedoch §§ 209. 210.) Daher liegt Beihilfe auf seiten der Mitglieder des Ehrengerichts vor, welches das Duell erlaubt oder zur Beseitigung von obwaltenden Zweifeln die Waffen bestimmt. E 5, 140. 13, 265. Ebenso liegt Beihilfe in der Überlassung des Raums, in dem Irreführen der zur Verhinderung herbeieilenden Polizei, im Bandagieren. R 9, 285 nimmt sogar an, daß sich der Beihilfe schuldig mache, wer, ohne selbst stimmberechtigtes Mitglied des Ehrengerichts zu sein, das Protokoll in der Sitzung desselben geführt hat.

IV. Da die Strafen der Vorbereitungshandlungen gegenüber der des Hauptdelikts wegfallen, so sind auch die Teilnehmer an der Vorbereitungshandlung wegen Teilnahme am Zweikampfe selbst zu bestrafen, sofern es wirklich zu diesem kommt. So die herrschende Lehre und E 22, 279. Mit Recht führt aber dieses Urteil aus, daß sich das Kartelltragen als del. s. g. stets nach § 203 beurteile. In dieser Beziehung a. A. Olsh. 4, v. Liszt § 93.

§ 206.

Wer seinen Gegner im Zweikampf tötet, wird mit Festungshaft nicht unter zwei Jahren, und wenn der Zweikampf ein solcher war, welcher den Tod des einen von Beiden herbeiführen sollte, mit Festungshaft nicht unter drei Jahren bestraft.

I. Die Stelle enthält der äußeren Form nach einen vollständigen Thatbestand dem Sinne nach aber bezeichnet sie nur Umstände, welche die Strafe des Zweikampfs schärfen. Handelt es sich also sachlich um ein durch den Erfolg qualifiziertes Delikt, so wird man für den tödlichen Ausgang ein weiteres Verschulden als es in dem Vollzuge des Zweikampfs selbst liegt, nicht fordern dürfen. Tötungsvorsatz wird denn auch von keiner Seite verlangt, wohl aber behaupten die meisten (vergl. Binding, Lehrb. 72, Olsh. 2, v. Liszt § 93), daß sich die Stelle nur auf solche Fälle beziehe, in denen eine vorsätzlich zugefügte Verletzung den Tod im Gefolge habe. Vom Standpunkte der hier vertretenen Ansicht aus würde die Stelle nicht nur bei fahrlässigerweise zugefügten, sondern auch bei solchen Verletzungen Anwendung finden, die durch den Kampf, aber nur zufällig verursacht werden, z. B. Abspringen der Klinge. Ebenso Meyer 494; ähnlich auch Levi, Zur Lehre v. Zweikampfverbrechen 113. — Daß der Tod während des Zweikampfs eintritt, ist nicht erforderlich, es genügt, wenn die Todesursache im Zweikampfe gesetzt wurde. Wegen des Kausalzusammenhangs gelten die allgemeinen Regeln. Vergl. § 1.

II. Über den zweiten Strafschärfungsgrund s. § 202. Er kommt hier nur dann in Betracht, wenn außer ihm auch der erste zutrifft.

III. Über die Frage des Versuchs vergl. § 43 V.

Digitized by Google

§ 207.

Ist eine Tötung oder Körperverletzung mittels vorsätzlicher Übertretung der vereinbarten oder hergebrachten Regeln des Zweikampfs bewirkt worden, so ist der Übertreter, sofern nicht nach den vorhergehenden Bestimmungen eine härtere Strafe verwirkt ist, nach den allgemeinen Vorschriften über das Verbrechen der Tötung oder der Körperverletzung zu bestrafen.

I. Jede Übertretung der Regeln des Zweikampfes steht dem Begriffe desselben entgegen. Wer diese Regeln übertritt, handelt rechtswidrig, nicht nur in dem Sinne, in dem der Zweikampf überhaupt rechtswidrig ist, sondern auch in dem andern Sinne, daß die einzelne Angriffshandlung und die einzelne Verletzung für sich eine selbständige Bedeutung erlangen. Daher wird auch gegen die Übertretung der Zweikampfregeln das Recht der Notwehr wachgerufen, und zwar nicht nur zu Gunsten der Gegenpartei, sondern auch zu Gunsten ihres Sekundanten, ja zu Gunsten jedes beliebigen dritten.

II. Das Gesetz schränkt diese aus dem Wesen des Zweikampfes folgenden Sätze insofern, aber nur insofern ein, als es die Strafen der gemeinen Tötung und Körperverletzung lediglich bei vorsätzlicher Übertretung der Duellregeln eintreten läßt. Vorsätzlich in diesem Sinne handelt aber nur der, der diese Regeln kennt.

III. Die Strafe der gemeinen Tötung und Körperverletzung tritt ein, wenn sie „mittels" vorsätzlicher Übertretung u. s. w. bewirkt worden ist. Hierher gehört z. B. bewußtes Überschreiten der Barriere, bewußtes und nicht auf bloße Aufregung zurückführbares Schlagen nach dem Haltrufe.

§ 208.

Hat der Zweikampf ohne Sekundanten stattgefunden, so kann die verwirkte Strafe bis um die Hälfte, jedoch nicht über funfzehn Jahre erhöht werden.

I. Unter **Sekundanten** sind nur diejenigen Personen zu verstehen, welche bei Ausführung des Kampfes selbst zugegen sind mit der wesentlichen Aufgabe, die Einhaltung der Kampfesregeln zu kontrollieren. E 25, 81.

II. In dem Falle des § 207 kann die vorliegende Stelle nur dann Anwendung finden, wenn die Zweikampfsstrafen verhängt werden. So Olsh. 2, während nach Binding, Lehrb. 73 die Strafschärfung anscheinend auch dann platzgreifen soll, wenn die Strafe aus dem 16. oder 17. Abschn. entnommen wird.

III. Der Strafschärfung unterliegen auch dritte Beteiligte, insofern sie ein dem Thatbestande des § 208 entsprechendes Verschulden trifft.

IV. Der **Versuch** des Zweikampfs ist in diesem Falle strafbar. Ebenso Meyer 494, Rüd.-Stengl. 4. A. A. z. B. Olsh. 5 wegen des Präteritums „stattgefunden hat". Jedenfalls aber liegt der Versuch nicht, wie Rüd.-Stengl. meinen, schon darin, daß sich die Parteien zum Kampfplatze begeben, ebensowenig in dem Anbandagieren, sondern erst darin, daß eine Partei mit einer Angriffshandlung begonnen, z. B. die Pistole auf den Gegner gerichtet hat.

§ 209.

Kartellträger, welche ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern, Sekundanten, sowie zum Zweikampf zugezogene Zeugen, Ärzte und Wundärzte sind straflos.

Digitized by Google

Die Sekundanten, die zum Zweikampfe zugezogenen Zeugen, Ärzte und Wundärzte sind unbedingt straflos. Selbstverständlich aber können diese Personen, wenn sie gleichzeitig in anderer Form beteiligt sind, deshalb bestraft werden. Dagegen sind die Kartellträger nur dann straflos, wenn sie ernstlich bemüht gewesen sind, den Zweikampf zu verhindern. Ob die Bemühung Erfolg hatte oder nicht, ist gleichgiltig. Unter Kartellträgern sind lediglich die im § 203 benannten Personen, also diejenigen zu verstehen, welche die Forderung überbringen. Andere Teilnehmer sind (abgesehen von den Sekundanten u. s. w.) somit selbst dann strafbar, wenn sie ernstlich bemüht waren, den Zweikampf zu verhindern (Mitglieder des Ehrengerichts). Dies gilt an sich auch für diejenigen Personen, welche im Auftrage des Geforderten die Forderung überbracht haben. Doch dürfte ihre Strafloſigkeit im Wege der Analogie zu folgern sein. Für Strafloſigkeit auch Rüd.-Stengl. 2.

Hat der Kartellträger zwar die Absicht, den Zweikampf zu verhindern, kommt er aber nicht dazu, dieser Absicht Ausdruck zu geben, etwa weil der Geforderte die Forderung sofort ablehnt, so bleibt er strafbar. E 22, 218. Auch nimmt die herrschende Lehre mit E 27, 243 an, daß die ernstlichen Bemühungen zu einer Zeit gemacht werden müssen, zu welcher der Betr. bereits Kartellträger war. A. A. Levi, Zur Lehre vom Zweikampfverbrechen 128.

§ 210.

Wer einen Anderen zum Zweikampf mit einem Dritten absichtlich, insonderheit durch Bezeigung oder Androhung von Verachtung anreizt, wird, falls der Zweikampf stattgefunden hat, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Die Anstiftung zum Zweikampfe unterliegt grundsätzlich den allgemeinen Regeln, wird also mit Festungshaft bestraft. Anders, wenn sie mittels Anreizen begangen worden ist. Anreizen bedeutet wie im § 112 eine versteckte, bohrende, auf Erregung der Leidenschaft berechnete Aufforderung. Bei Anreizung tritt Gefängnisstrafe ein, und zwar selbst dann, wenn sie eine Willensbestimmung nicht zur Folge gehabt hat, nur ist die Strafbarkeit durch die wirkliche Ausführung des Zweikampfes bedingt, zu welchem angereizt wurde. Es wird also auch die im Wege des Anreizens unternommene versuchte Anstiftung für strafbar erklärt, die Strafbarkeit jedoch von einer außerhalb des Thatbestandes liegenden Bedingung abhängig gemacht. Die von der herrschenden Lehre (vergl. Hälschner 2, 960) wenigstens stillschweigend unterstellte Annahme, daß auch der bereits Entschlossene angereizt werden könne, ist sehr bedenklich. Regelmäßig wird die Anreizung erst dann stattfinden, wenn eine Differenz unter den Parteien vorliegt. Mit Recht aber hebt E 18, 239 hervor, daß diese Differenz auch durch die Anreizung selbst erst geschaffen werden kann. Z. B.: A erklärt dem B im Auftrage des X, daß sich B als von X moralisch geohrfeigt ansehen solle.

Sechszehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider das Leben.

I. **Objekt der Delikte wider das Leben** ist der Mensch, nur die in §§ 210—220 behandelte Abtreibung wendet sich gegen die Leibesfrucht. Es fragt sich daher, von welchem Augenblicke an die Menschenqualität beginnt. (BGB § 1 ist nicht maßgebend.) Aus § 217 folgt, daß im Sinne des Gesetzes schon während des Geburtsaktes ein Mensch vorhanden ist. Der Geburtsakt aber beginnt mit denjenigen Wehen, welche ohne längere Unterbrechung zur Ausstoßung der Frucht führen. E 9, 131.

Digitized by Google

26, 178, Rüd-Stengl. 6 zu § 211, Hälschner 2, 61, Olsh. 1 zu § 211. Teilweisen Austritt aus dem Mutterleibe fordern Binding, Lehrb. 38, Meyer 455. Dagegen legt v. Liszt § 80 im Anschlusse an die medizinische Auffassung das Gewicht auf den Beginn der Lungenatmung. — Lebensfähigkeit des Kindes darf nicht verlangt werden, wie denn auch der erwachsene im Sterben liegende Mensch Objekt der Tötung sein kann. Deshalb hört auch das sog. Monstrum, die Mißgeburt, hierher.

II. **Subjekt der Tötungsdelikte** kann jeder sein mit Ausnahme des Getöteten selbst, — Der Selbstmord ist straflos, demgemäß auch Beihilfe und Anstiftung dazu. Fehlt es aber dem sich selbst Tötenden an dem Tötungsvorsatz, so liegt kein Selbstmord vor, und der dritte, der ihn vorsätzlich zu der letalen Handlung bestimmt hat, ist mittelbarer Thäter. Vergl. Vorbem. III z. 3. Absch. des 1. Teils und Binding, Lehrb. 25. 26.

III. Wie überall, so steht auch hier mangelnde **Rechtswidrigkeit** dem Deliktsbegriffe entgegen. Über erlaubte Tötungen, z. B. des Soldaten im Kriege, des Scharfrichters, des Forstbeamten s. die Lehrbücher des Straf- und Verwaltungsrechts, besonders aber Zimmermann, GS 34, 266 ff., van Calker, Das Recht des Militärs z. administrativen Waffengebrauch (1898), Delius, Arch. f. öffentl. Recht 11, 84. Vergl. auch die Vorbem. z. 17. Abschn. angeführte Literatur.

IV. **Verhältnis der Tötungsdelikte zu denjenigen Fällen, in welchen der Eintritt des Todes als Strafschärfungsgrund erscheint.** — Außerhalb des 16. Abschnittes wird bei zahlreichen Delikten der Eintritt des Todes als Folge des Delikts zum Strafschärfungsgrunde gemacht. „Durch den Tod qualifizierte Delikte". Dabei bedarf es, wie zu § 59 II 3 ausgeführt, keines den letalen Erfolg als solchen umfassenden Verschuldens. Es genügt also der bloß zufällige, d. h. weder vorausgesehene noch voraussehbare Eintritt desselben. Die Frage, wie sich diese Delikte zu den eigentlichen Tötungsdelikten verhalten, hat Löffler, Die Schuldformen des Strafrechts (1895) 1 262 ff. eingehend untersucht. Löffler nimmt an, daß die Stellen, welche durch den Tod qualifizierte Delikte enthalten, gegenüber den eigentlichen Tötungsdelikten leges speciales seien, also grundsätzlich nicht in Idealkonkurrenz mit den letzteren treten können. Daß dies zu ganz widersinnigen Ergebnissen führt, hebt Löffler scharf hervor. Z. B.: wer (ohne Überlegung) seinen Vater vorsätzlich dadurch tötet, daß er ihn einsperrt und in der Gefangenschaft schlecht behandelt, könnte gemäß § 239 Abs. 3 nur mit Zuchthaus bis zu 15 Jahren, nicht gemäß § 215 mit lebenslänglichem Zuchthause bestraft werden. Noch unsinniger wird das Ergebnis, wenn man überlegte Tötungshandlung annimmt. Dann wäre als Prämie dafür, daß als Mittel des Mordes gerade die Freiheitsentziehung gebraucht wurde, die Todesstrafe ausgeschlossen. Diese letztere Konsequenz will Löffler durch die Annahme beseitigen, daß die durch den Tod qualifizierten Delikte nur Spezialfälle des Totschlags, aber nicht des Mordes darstellen.

Indessen dehnt Löffler überhaupt die sogenannte Gesetzeskonkurrenz auf Kosten der Idealkonkurrenz zu sehr aus. Denn da das bei den eigentlichen Tötungsdelikten stets erforderliche Verschulden hinsichtlich des tödlichen Ausgangs nicht zum Thatbestande der durch den Tod qualifizierten Delikte gehört, so ist Idealkonkurrenz möglich. Ebenso E 31, 198.

§ 211.

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.

I. **Mord** ist die vorsätzliche und mit Überlegung ausgeführte Tötung.

1. Wegen des Vorsatzes im allgemeinen und wegen der aberratio ictus sowie des error in obiecto im besonderen s. § 59.

Digitized by Google

2. Unter Überlegung hat man im Anschluß an Wachenfeld, Die Überlegung im Mordbegriff (1887), diejenige geistige Beschaffenheit zu verstehen, bei welcher der Thäter sich der von der Handlung abhaltenden Motive bewußt ist und sie gegen die ihn zu der Handlung drängenden Motive abwägt. Ähnlich Binding, Lehrb. 27. — Die Überlegung muß, wie sowohl die Entstehungsgeschichte als auch der Wortlaut ergeben, im Stadium der Ausführung vorhanden sein. Eine mit Überlegung geplante, aber ohne Überlegung ausgeführte Tötung ist kein Mord. E 33, 253. Da aber die geistige Beschaffenheit im Augenblicke der Ausführung sich fast immer der Erkenntnis dritter entzieht, so verschiebt sich das gesetzliche Verhältnis für die Praxis meist in der Art, daß die Länge der zwischen der Fassung und der Ausführung des Entschlusses liegenden Zeit als Beweismoment für das Vorhandensein oder das Fehlen der Überlegung angesehen wird.

II. Sehr bestritten ist die Frage, welche Bedeutung dem Momente der Überlegung bei der **Teilnahme** zukommt. Daß § 50 hier nicht eingreift, ist sicher. Im übrigen werden folgende Ansichten vertreten:

1. Nach der herrschenden Lehre ist die Frage für Thäter und Mitthäter persönlich zu beantworten. Hat aber der Thäter mit Überlegung gehandelt, so sind Anstifter und Gehilfen nach Maßgabe des § 211 zu bestrafen, ohne daß es darauf ankäme, ob sie persönlich mit oder ohne Überlegung gehandelt haben. Olsh. 5 zu § 50. R 3, 93.
2. Dagegen soll nach Berner 516, Hälschner 2, 439 das Moment der Überlegung für jeden Beteiligten besonders geprüft werden.

Richtig dürfte folgendes sein. Die Überlegung gehört zum subjektiven Thatbestande. Handelt der Thäter ohne Überlegung, so liegt ein Mord nicht vor und kann auch von Anstiftung oder Beihilfe zum Morde keine Rede sein. Handelte dagegen der Thäter mit Überlegung, so ist dieses Moment dem Anstifter und Gehilfen dann zur Last zu setzen, wenn sie darum wußten. Auch hier ist die Zeit der Ausführung (s. o. I 2) ein wesentliches Erkenntnismittel.

III. Wegen besonderer Fälle s. §§ 80. 82. 205. 216. 217.

§ 212.

Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung nicht mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Totschlages mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren bestraft.

Der **Totschlag** unterscheidet sich vom Morde lediglich dadurch, daß die Überlegung im Stadium der Ausführung fehlt. Der Mord ist daher ein qualifizierter Totschlag. Ebenso Olsh. 1; a. A. Binding, Lehrb. 27. Weshalb die Tötung ohne Überlegung ausgeführt wird, ist gleichgiltig, und es kann keineswegs mit Hälschner 2, 35 und Merkel 306 angenommen werden, daß der Totschlag positiv einen Affektwillen erfordere, vielmehr kann die mangelnde Überlegung gerade auf eine geistige Depression zurückführbar sein.

§ 213.

War der Totschläger ohne eigene Schuld durch eine ihm oder einem Angehörigen zugefügte Mißhandlung oder schwere Beleidigung von dem Getöteten zum Zorne gereizt und hierdurch auf der Stelle zur That hingerissen worden, oder sind andere mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Digitized by Google

I. Die hier zugelassenen mildernden Umstände beziehen sich lediglich auf den einfachen Totschlag des § 212, nicht auf die qualifizierten Fälle der §§ 214. 215. E 25, 178. Wie immer, so wird auch hier der Charakter des Delikts durch das Hinzutreten mildernder Umstände nicht geändert. Es liegt also trotz der Gefängnisstrafe ein Verbrechen mit strafbarem Versuch vor. S. § 1 I 2c. Dies gilt gegen die allgemeine Regel wegen der Gleichstellung der benannten mildernden Umstände mit den unbenannten auch für die ersteren.

II. Zu den benannten mildernden Umständen ist zu bemerken:

1. Über den Begriff der Angehörigen s. § 52.
2. Die mangelnde Schuld des Totschlägers besteht darin, daß er zu der Mißhandlung oder Beleidigung keine genügende Veranlassung gegeben hat. Olsh. 3.
3. „Auf der Stelle" ist nicht örtlich, sondern zeitlich zu verstehen in dem Sinne, daß der Thäter unter der Herrschaft des Zornes die That nicht nur geplant, sondern auch ausgeführt hat. Vergl. § 199.

§ 214.

Wer bei Unternehmung einer strafbaren Handlung, um ein der Ausführung derselben entgegentretendes Hindernis zu beseitigen oder um sich der Ergreifung auf frischer That zu entziehen, vorsätzlich einen Menschen tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

I. Im Gegensatz zu § 213 handelt es sich hier um einen Totschlag mit erschwerenden Umständen. Wird die Tötung mit Überlegung begangen, so liegt Mord gemäß § 211 vor. Die von manchen, z. B. Oppenh.-Del. 7 und Rüd.-Stengl. 1, behauptete Möglichkeit einer Idealkonkurrenz von Mord und Totschlag aus § 214 widerlegt sich dadurch, daß § 212 das negative Moment der mangelnden Überlegung als Begriffsmerkmal des Totschlags ausdrücklich aufnimmt, während § 211 das positive Moment der vorhandenen Überlegung als wesentlich für den Mord erklärt. Eine und dieselbe Handlung kann daher niemals gleichzeitig Mord und Totschlag sein. Derselben Ansicht besonders Olsh. 5 und E 12, 363.

II. Der Begriff der Unternehmung ist hier ebenso bestritten wie anderwärts. Vergl. §§ 82. 105. 114. 159. Mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes wird man hier auch diejenigen Vorbereitungshandlungen, welche dem Versuche am nächsten stehen, in den Begriff hereinbeziehen müssen. Ebenso Binding, Lehrb. 30. Alle Vorbereitungshandlungen rechnen hierher Olsh. 2, Hälschner 2, 45. Dagegen werden nur die strafbaren Versuchshandlungen hierher gezählt von Meyer 460, Oppenh.-Del. 1, Rüd.-Stengl. 2. — Anderseits hört die „Unternehmung" nicht mit der juristischen Vollendung der strafbaren Handlung auf, sondern umfaßt die sich daran anschließende Zeit noch so lange, als man von einem Ergreifen auf frischer That reden kann.

III. Binding, Lehrb. 30 weist darauf hin, daß die Stelle keine Anwendung finde, wenn der Totschlag von Anfang an als Mittel des Delikts geplant war.

§ 215.

Der Totschlag an einem Verwandten aufsteigender Linie wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

I. Sogenannter Aszendententotschlag. — Zu den Verwandten aufsteigender Linie gehören auch die unehelichen. Vergl. § 52 III. So auch die herrschende Lehre. Dagegen ist Adoptivverwandtschaft nicht ausreichend.

Digitized by Google

II. Zu dem Vorsatze gehört das Bewußtsein, daß die Handlung sich gegen einen Verwandten aufsteigender Linie richte. Vergl. § 59.

III. Für die Teilnahme ist § 50 maßgebend. — Wegen der Versuchsstrafe s. § 44 II 1.

§ 216.

Ist Jemand durch das ausdrückliche und ernstliche Verlangen des Getöteten zur Tötung bestimmt worden, so ist auf Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen.

I Die hier behandelte **Tötung auf Verlangen** darf nicht als „Tötung eines Einwilligenden" bezeichnet werden. Allerdings kann ein Verlangen auch dann vorliegen, wenn die erste Anregung vom Tötenden ausgegangen ist, immerhin aber wird durch den Ausdruck „Verlangen" gesagt, daß die Tötung dem eigenen Wunsche des zu Tötenden entspricht, während die „Einwilligung" nur bedeutet, daß der Wille des zu Tötenden nicht entgegenstehe. Ebenso die herrschende Lehre. — Wichtig ist dieser Punkt für den relativ häufigen Fall, daß ein Liebespaar den gemeinsamen Tod beschließt und derjenige Teil, dem die Ausführung zufällt, am Leben bleibt.

II. **Das Verlangen muß sein:**

1. ein **ausdrückliches**, d. h. es muß irgendwie, sei es durch Worte, sei es durch Schrift, sei es durch Gebärden zum Ausdrucke gebracht werden;
2. ein **ernstliches**, d. h. es muß dem wahren Willen des zu Tötenden entsprechen. Ausgeschlossen sind daher namentlich solche Fälle, bei denen das Verlangen nur der Ausfluß vorübergehender Stimmung oder etwa der Trunkenheit ist; desgleichen aber auch solche Fälle, bei denen der Verlangende dauernd nicht im stande ist, einen „wahren" Willen zu haben, sofern ihm dauernd der Einblick in die Tragweite seines Thuns fehlt. Geisteskrankheit und jugendliches Alter *können* den wahren Willen in diesem Sinne ausschließen, brauchen es aber durchaus nicht immer zu thun (wie die herrschende Lehre anzunehmen scheint). Übereinstimmend Binding, Lehrb. 35.

III. Sehr bestritten ist die Frage nach der Strafbarkeit des **Versuchs**. Nimmt man mit Hälschner 2, 58, Kohler, Studien 1, 128 an, daß die Tötung auf Verlangen nur ein privilegierter Fall des Mordes oder Totschlags sei, so kann man zur Bejahung gelangen. Vergl. § 213 I. Für die Selbständigkeit des Delikts sprechen aber folgende Umstände. Die Stelle ist dem Kgl. sächs. StGB v. 1./10 1868 entlehnt worden, und in Sachsen wurde die „Tötung eines Einwilligenden" stets als selbständiges Delikt behandelt. S. Schwarze, GS. 34, 400. Ferner: § 216 steht unmittelbar vor der Kindestötung, die seit langer Zeit unbedenklich als del. s. g. angesehen worden ist. Unter diesen Umständen ist mit der herrschenden Lehre anzunehmen, daß § 216 lediglich ein Vergehen enthält und daß bei dem Schweigen des Gesetzes der Versuch als solcher straflos ist. Ebenso E 2, 442. 24, 369. 28, 200. Es fragt sich aber, ob der Versuch nicht unter dem Gesichtspunkt der Körperverletzung bestraft werden kann. Diese Frage ist schon deshalb zu verneinen, weil die Körperverletzung sowohl durch die vollendete wie versuchte Tötung konsumiert wird, als solche mithin keine rechtliche Bedeutung hat. Vergl. § 73 VII 2 c α. Außerdem schließt der Dolus der Tötung keineswegs den der Körperverletzung in sich. Der Mann, der seine von Schmerzen gefolterte Frau töten und ihr so weiteres Leiden ersparen will, will sie eben *töten*, und er hätte die auf Tötung gerichtete Handlung sicherlich unterlassen, wenn er vorausgesehen hätte, daß sie nur zu einer Körperverletzung führen werde. So auch Kohlrausch, Die Lehre vom Rechtsirrtum (1902) 98. Endlich spricht gegen die Bestrafung des Versuchs als Körperverletzung die Erwägung, daß sie unter Umständen zu einer strengeren Ahndung des nicht vollendeten als des vollendeten Delikts führt. Vergl. § 224. —

Digitized by Google

Ganz allgemein für zulässig halten die Bestrafung wegen Körperverletzung E 2, 442. 24, 369. 28, 200 und v. Liszt § 85; auch Meyer 463/4, jedoch mit der Einschränkung, daß durch die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit der leichten Körperverletzung beseitigt werde; ganz allgemein für unzulässig Olsh. 5, Binding 1, 721 und Lehrb. 35. Vermittelnd Beling, Ztschr. 18, 285 und die 2. Aufl. dieses Kommentars.

Aus der selbständigen Natur des Deliktes folgt ferner, daß mildernde Umstände (§ 213) nicht zugelassen werden.

IV. Die Annahme, es liege ein ausdrückliches und ernstliches Verlangen in dem zu II ausgeführten Sinne vor, steht, auch wenn sie auf Irrtum beruht, dem Dolus des gemeinen Mords oder Totschlags entgegen, und es kann daher die Bestrafung nur auf Grund des § 216 erfolgen. Übereinstimmend bes. Olsh. 4. A. A. Binding 1, 721, v. Liszt § 85. Vergl. § 59 II 2.

§ 217.

Eine Mutter, welche ihr uneheliches Kind in oder gleich nach der Geburt vorsätzlich tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter zwei Jahren ein.

I. Sogenannter „Kindesmord", besser: **Kindestötung**, denn überlegte Ausführung wird nicht gefordert. Allerdings aber kann die Frage, ob die Tötung mit oder ohne Überlegung ausgeführt wurde, für die gemäß § 50 zu bestrafenden dritten Teilnehmer von Bedeutung sein. S. § 211 II.

II. Objekt der Handlung ist ein uneheliches Kind. Dem mit dem Zivilrecht wesentlich übereinstimmenden Sprachgebrauche des Lebens gemäß hat man unter einem unehelichen Kinde ein solches zu verstehen, das nicht nur außerehelich gezeugt, sondern auch außerehelich geboren ist; dies selbst dann, wenn das Kind im Ehebruch gezeugt ist. So die herrschende Lehre. Für Kinder aus nichtigen Ehen wird man jetzt BGB § 1699 als maßgebend ansehen müssen. So wohl auch Olsh. 2.

III. Subjekt ist die uneheliche Mutter. Tritt sie nicht als Thäterin, sondern als Gehilfin oder Anstifterin auf, so ist sie gemäß § 50 gleichwohl aus § 217 zu bestrafen. Dagegen beurteilt sich die Strafbarkeit dritter Thäter oder Teilnehmer nach den Gesichtspunkten des Mords oder Totschlags. Vergl. I.

IV. Zeitlich muß die Handlung vorgenommen sein entweder in oder gleich nach der Geburt. Über den Beginn des Geburtsaktes s. Vorbem. I z. 16. Abschn. Der Zeitpunkt „gleich nach der Geburt" ist nicht näher fixiert. Maßgebend kann nur die Fortdauer des durch die Geburt hervorgerufenen erregten Gemütszustandes sein.

V. Der Fall, daß das Kind von der Mutter für ein uneheliches gehalten wird, thatsächlich aber ein eheliches ist, beurteilt sich analog dem zu § 216 IV hervorgehobenen.

§ 218.

Eine Schwangere, welche ihre Frucht vorsätzlich abtreibt oder im Mutterleibe tötet, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Dieselben Strafvorschriften finden auf denjenigen Anwendung, welcher mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

Digitized by Google

I. **Objekt der Abtreibung** ist die lebende Frucht des weiblichen Schoßes, gleichgiltig in welchem Stadium der Entwicklung. Nur darf sie noch nicht ein „Mensch" im Rechtssinne sein. Vergl. darüber Vorbem. I z. 16. Abschn. Ob auch die Mole, das krankhaft entartete Ei, Objekt der Abtreibung sein kann, ist bestritten, aber zu bejahen, sofern das Ei lebt. Ebenso Olsh. 2 gegen die herrschende Lehre.

II. Die **Handlung** kann sein:

1. ein Abtreiben im engeren Sinne, d. h. Herbeiführung des Todes der Frucht durch vorzeitige Abstoßung aus dem Mutterleibe. Der Tod der Frucht gehört somit zur Vollendung des Delikts. So die herrschende Lehre und E 4, 380. Dagegen nehmen u. a. v. Liszt 94, Merkel 309, Meyer 481 an, daß Abtreiben gleichbedeutend sei mit Bewirken einer Frühgeburt. Dies widerspricht nicht nur der Entstehungsgeschichte, sondern auch dem Sinne, den man im gewöhnlichen Leben dem Begriffe beilegt. — Gleichgiltig ist, ob der Tod während des Geburtsakts oder erst nachträglich erfolgt.
2. ein Töten im Mutterleibe. Diese Alternative unterscheidet sich von der vorigen dadurch, daß der Tod der Frucht nicht infolge der Abstoßung aus dem Mutterleibe, sondern schon vorher eintritt.

III. **Der Vorsatz** muß somit in allen Fällen auf Tötung der Frucht gerichtet sein. Er kann auch beim Selbstmordversuch einer schwangeren Frauensperson vorliegen, sofern diese im Augenblicke der That sich der Folgen bewußt ist. Ebenso Binding, Lehrb. 39, Olsh. 5, Meyer 481; a. A. v. Liszt § 94, Oppenh.-Del. 5.

IV. **Thäter** können sein:

1. die Schwangere selbst (Abs. 1) wenn sie, mit dem erforderlichen Vorsatze handelnd, die auf den Vollzug der Abtreibung gerichtete Thätigkeit an ihrem Körper vornimmt, z. B. ihren Leib knetet, die Gebärmutter ritzt, das Abtreibungsmittel einnimmt;
2. dritte Personen (Abs. 3), wenn sie, mit dem erforderlichen Vorsatze handelnd, die auf den Vollzug der Abtreibung gerichtete Thätigkeit unmittelbar an dem Körper der Schwangeren vornehmen. Diese Thätigkeit wird im dritten Absatze näher bezeichnet als Anwenden oder Beibringen der Mittel zu der Abtreibung oder Tötung. Dabei bezieht sich das „Anwenden" auf die äußerlich, das „Beibringen" auf die innerlich wirkenden Mittel. In jedem Falle aber muß der dritte unmittelbar auf den Körper der Schwangeren einwirken. Ein Mittel wird daher nicht „beigebracht", wenn es der Schwangeren nur eingehändigt, zubereitet oder sonst zugänglich gemacht wird. E 1, 270. In diesem Falle ist das Mittel vielmehr nur „verschafft", sodaß Beihilfe zu dem Delikt des ersten Absatzes gegeben ist. Liegt aber ein wirkliches Anwenden oder Beibringen von seiten des dritten vor, so ist für ihn der gleiche Strafrahmen maßgebend wie für die als Thäterin auftretende Schwangere selbst, vorausgesetzt, daß er mit deren Einwilligung (und nicht gegen Entgelt, s. § 219) gehandelt hat. Fehlt es an der Einwilligung, so ist der dritte strenger, und zwar nach Maßgabe des § 220 strafbar. So auch, wenn die Schwangere unzurechnungsfähig ist und der Thäter darum weiß. Denn wie sich aus § 220 ergiebt, genügt zu dessen Anwendbarkeit das Handeln ohne den wahren Willen der Schwangeren. Ebenso Olsh. 7, anscheinend auch E 21, 14. A. A. Hälschner 2, 70, Oppenh. 11. — Die Schwangere erscheint als Mitthäterin, wenn sie selbst auf ihren Körper einwirkt, z. B. selbst mitknetet; andernfalls, z. B. beim bloßen Dulden, ist sie Gehilfin. Daß die Schwangere bald Mitthäterin, bald Gehilfin sein kann, erkennt auch E 28, 164 an, jedoch unterscheidet das RG vom Standpunkt der subjektiven Teilnahmetheorie aus abweichend. A. A. dagegen E 29, 10, sofern dieses Urteil schon ein passives Dulden oder Unterlassen als ausreichend für die Mitthäterschaft ansieht. Diesem Urteil tritt Binding, Lehrb. 39 bei.

Digitized by Google

V. **Versuch** ist in jedem Falle nach allgemeinen Grundsätzen möglich und strafbar. Wenn das Gesetz im dritten Absatze das Perfektum gebraucht („angewendet oder beigebracht hat"), so soll dadurch angedeutet werden, daß zur Vollendung stets der wirkliche Eintritt der Abtreibung oder Tötung im Mutterleibe gehört. Keineswegs aber läßt sich daraus mit dem RG (E 1, 350, 3, 162. 21, 14) die Unmöglichkeit eines strafbaren Versuchs im Falle des dritten Abs. folgern. Zu eng auch die in der Theorie herrschende Lehre (v. Liszt § 94, Olsh. 9), welche Versuch nur dann zulassen will, wenn das Mittel wirklich angewandt oder beigebracht, der Erfolg aber nicht eingetreten ist. — Wegen des gerade hier häufigen untauglichen Versuchs s. § 43 II.

VI. Über Abtreibung zu ärztlichen Zwecken s. bes. Heimberger, Über die Straflosigkeit der Perforation (1889).

§ 219.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft, bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat.

I. Die sogenannte **Lohnabtreibung** umfaßt zwei rechtlich ganz verschiedene Fälle.

1. Der erste liegt vor, wenn ein dritter einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu verschafft hat. An sich würde dieses Verhalten als Beihilfe erscheinen. Es wird jedoch vom Gesetze zum del. s. g. erhoben, um mit Rücksicht auf die Verwerflichkeit und soziale Gefährlichkeit eine höhere Strafe eintreten zu lassen. Entgelt bedeutet einen Vermögensvorteil irgendwelcher Art (weitergehend will Olsh. 1 jeden materiellen Vorteil darunter verstehen).
2. Der zweite Fall liegt dem Wortlaute nach vor, wenn ein dritter bei einer Schwangeren, welche ihre Frucht abgetrieben oder getötet hat, gegen Entgelt die Mittel hierzu angewendet oder ihr beigebracht hat. Das Handeln gegen Entgelt erscheint somit als Qualifikationsgrund gegenüber dem einfachen Delikte des § 218 Abs. 3. In diesem Falle aber besorgt das Abtreiben oder Töten nicht die Schwangere, sondern der dritte selbst. Deshalb ist hier anstatt des Relativsatzes („welche ..... hat") zu lesen: „wenn die Frucht abgetrieben oder getötet worden ist." E 1, 350.

In beiden Fällen ist demnach die wirklich erfolgte Abtreibung oder Tötung im Mutterleibe Bedingung der höheren Strafbarkeit. — Ist die Tötung nur versucht worden, so kehren beide Fälle zur Regel zurück: der erste erscheint als Beihilfe zum Versuche des Delikts aus § 218 Abs. 1, der zweite als einfaches versuchtes Delikt aus § 218 Abs. 3. Einen Versuch des § 219 normierten Delikts giebt es somit nicht. Übereinstimmend die herrschende Lehre und E 1, 194. 4, 302. A. A. Hälschner 2, 73, Meyer 482, Olsh. 3, Binding, Lehrb. 40.

II. Für die **Teilnahme** gelten die allgemeinen Regeln, bestritten aber ist die Behandlung der Schwangeren selbst. Man unterscheide:

1. Im ersten Fall wird die Schwangere als notwendige Teilnehmerin gedacht. Da trotzdem die Qualifizierung nur bezüglich des dritten ausgesprochen ist, so ist die Schwangere selbst einfach als Thäterin nach § 218 Abs. 1 zu bestrafen. A. A. die herrschende Lehre und E 1, 350. Übereinstimmend v. Kries, Ztschr. 7, 537, Meyer 482.
2. Auch im zweiten Falle findet der Qualifikationsgrund auf die Schwangere aus dem gleichen Grunde keine Anwendung. Sie erscheint als Gehilfin, aber ihre Strafe darf das im § 218 angedrohte Maximum nicht erreichen. Ebenso (früher) Binding, Grundriß 2, 12.

Digitized by Google

§ 220.

Wer die Leibesfrucht einer Schwangeren ohne deren Wissen oder Willen vorsätzlich abtreibt oder tötet, wird mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung der Tod der Schwangeren verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

I. Die Stelle teilt mit § 218 Abs. 3 das Moment, daß nicht die Schwangere, sondern **ein dritter als Thäter** der Abtreibung erscheint. Der Unterschied aber liegt in folgendem:

1. Der Thäter handelt hier nicht mit Einwilligung der Schwangeren, sondern gerade umgekehrt ohne deren Wissen oder Willen. Der Mangel auch nur eines dieser Momente hat die Anwendbarkeit des § 220 zur Folge. Er trifft mithin sowohl dann zu, wenn die Schwangere gezwungen wird, das ihr als solches bekannte Abtreibungsmittel einzunehmen (E **31**, 395), sowie auch dann, wenn sie ihr Einverständnis erklärt hat, ohne aber gerade das konkrete gereichte Mittel als Abtreibungsmittel zu kennen. Das Bewußtsein, ohne Willen oder Wissen usw. zu handeln, gehört zum Dolus. (A. A. Binding, Lehrb. 40 gegen E **16**, 184.) Wer also irrtümlicherweise Einwilligung der Schwangeren annimmt, kann nicht auf Grund des § 220 bestraft werden. Dabei ist aber zu bemerken, daß „ohne" Wissen oder Willen nicht gleichbedeutend ist mit „gegen" Wissen oder Willen. Die Annahme, daß *nachträglich* die Schwangere einverstanden sein werde, schließt daher den Dolus nicht aus. Vergl. im übrigen § 218 IV 2.
2. Die für § 218 wichtige Unterscheidung, ob der dritte die Handlung unmittelbar am Körper der Schwangeren oder nur durch deren Vermittlung vorgenommen hat, fällt bei § 220 weg. Thäterschaft liegt mithin auch dann vor, wenn die Schwangere das Abtreibungsmittel (natürlich in Unkenntnis seiner Qualität) selbst einnimmt.

II. Die Strafbarkeit des **Versuchs** ist hier im Gegensatz zu den voraufgehenden Stellen außer Zweifel. Bestritten ist nur, ob ein Versuch des qualifizierten Falles als solcher möglich ist. Hierüber, s. § 43 V und über die Frage des *Verschuldens* § 59 II 3.

§ 221.

Wer eine wegen jugendlichen Alters, Gebrechlichkeit oder Krankheit hilflose Person aussetzt, oder wer eine solche Person, wenn dieselbe unter seiner Obhut steht oder wenn er für die Unterbringung, Fortschaffung oder Aufnahme derselben zu sorgen hat, in hilfloser Lage vorsätzlich verläßt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Wird die Handlung von leiblichen Eltern gegen ihr Kind begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung der ausgesetzten oder verlassenen Person verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren ein.

I. **Objekt der Aussetzung ist eine hilflose Person.** — Hilflos ist, wer sich nicht allein zu helfen vermag. Da die Aussetzung ein Delikt gegen das Leben ist, so ist

Digitized by Google

genauer zu sagen: hilflos ist, wer sich nicht allein gegen eine seinem Leben drohende Gefahr zu helfen vermag. Es genügt aber nicht Hilflosigkeit aus jedem Grunde (z. B. wegen Fesselung), sondern die Hilflosigkeit muß zurückführbar sein auf jugendliches Alter, Gebrechlichkeit oder Krankheit. Unter den Begriff der Krankheit fällt auch die Trunkenheit, wenn sie ein hohes Stadium erreicht hat. E 5, 393.

II. Die **Handlung** kann sein:

1. ein Aussetzen. Dieser Begriff erfordert zunächst ein räumliches Versetzen in eine andere Lage. Es genügt also nicht das Abschneiden von Hilfsmitteln. Die Lage, in welche versetzt wird, muß (das liegt in der Präposition „aus") eine exponierte, isolierte, mit anderen Worten (ebenso wie beim Verlassen) eine hilflose sein. Hilflos ist eine Lage dann, wenn in ihr wohl Gefahr, aber (abgesehen von einem Zufalle) keine Hilfe zu erwarten ist. E 31, 165. Wird ein Kind an einem Orte niedergelegt, der in regelmäßigen kurzen Zwischenräumen von Polizeibeamten abpatrouilliert wird, so ist die Hilflosigkeit zu verneinen. Dagegen steht der Umstand, daß Privatpersonen passieren, der Hilflosigkeit deshalb nicht entgegen, weil eine Hilfeleistung durch diese ein Sache des Zufalls ist. In letzterer Beziehung übereinstimmend E 7, 111. Hält sich der Thäter selbst hilfsbereit in der Nähe, so ist die Hilflosigkeit zu verneinen. E 2, 15, R 7, 250. Begiebt sich die hilflose Person zufolge einer Aufforderung selbst in eine hilflose Lage, so kann darin eine Aussetzung höchstens dann gefunden werden, wenn sich mit der Aufforderung eine unter § 52 fallende Drohung verband. Vergl. RG v. 1./7 1897 i. d. DJZ 3, 62. Etwas weitergehend E 31, 165;
2. ein Verlassen in hilfloser Lage. Verlassen ist nicht gleichbedeutend mit im Stich lassen, erfordert vielmehr eine räumliche Trennung, die aber im Gegensatz zur Aussetzung in einer Änderung des Aufenthaltsorts nicht des Objekts, sondern des Subjekts besteht. Daß ein bloßes Unterlassen der pflichtgemäßen Fürsorge nicht ausreicht, erkennt auch die herrschende Lehre an. Von der hier vertretenen Ansicht unterscheidet sie sich aber dadurch, daß sie irgend eine Änderung der räumlichen Beziehungen, z. B. durch Verschließen einer Thür, für ausreichend erklärt. E 8, 343. 10, 183, Oppenh.-Del. 6. Weitergehend legt insbesondere Olsh. 7 auf Änderung der räumlichen Beziehungen überhaupt kein Gewicht. Wesentlich übereinstimmend dagegen v. Liszt § 90. Meist wird angenommen, daß ein Verlassen auch dann vorliege, wenn der Hüter, Wärter usw. duldet, daß sich die hilflose Person wegbegiebt. Z. B. Binding, Lehrb. 63. Doch dürfte hier vielmehr ein Fall des Aussetzens in der Form des Unterlassungsdelikts gegeben sein. — Das Verlassen ist nur strafbar, wenn die verlassene Person entweder unter der Obhut (vergl. § 174 IV 2) der verlassenden steht oder wenn diese für sie zu sorgen hat. Der Unterschied zwischen diesen beiden Alternativen liegt wesentlich darin, daß nur mit der Obhut ein Autoritätsverhältnis verbunden ist. Im übrigen erscheint es richtig, wenn Olsh. 6 und Oppenh.-Del. 5 gegen v. Liszt § 90, Meyer 484 fordern, daß nicht nur das Verhältnis der Fürsorge, sondern auch das der Obhut ein rechtlich begründetes sei. Dabei ist aber von Bedeutung, daß schon die thatsächliche Übernahme einer Obhut oder Fürsorge deren Fortführung zur rechtlichen Pflicht machen kann, bis in geeigneter Weise für den Schützling gesorgt ist. Vergl. § 1 V 2 und BGB § 677. Bei solchen Hilfeleistungen freilich, die von vornherein als ganz vorübergehende erscheinen, wird eine solche Pflicht niemals angenommen werden dürfen. Nicht unbedenklich E 17, 260, nach welchem Urteil das Obhutsverhältnis die verabredete Pflegezeit überdauert.

III. Der **Vorsatz** erfordert insbesondere die Kenntnis der hilflosen Lage, in die das Objekt des Delikts versetzt, oder in der es verlassen wird. Da aber nach II Abs. 1 eine hilflose Lage eine solche ist, in der das Leben gefährdet ist, so besteht der Vor-

Digitized by Google

satz in dem Bewußtsein der Lebensgefährdung, ist also ein Gefährdungsvorsatz in dem S. 102 oben erläuterten Sinne. Danach ist er mit dem Verletzungsvorsatze hinsichtlich desselben Objekts nicht vereinbar und daher **Idealkonkurrenz** zwischen Aussetzung einerseits, Mord, Totschlag und Kindstötung anderseits ausgeschlossen. Legt eine Mutter ihr Kind ab und rechnet sie darauf, daß es ums Leben kommen werde, so ist sie nur wegen vollendeter oder versuchter Tötung zu bestrafen. So Binding 1, 359, Lehrb. 63, Hälschner 2, 81. Dagegen halten v. Liszt § 90, Olsh. 13, E 25, 321 den dol. event. der Tötungsdelikte mit dem der Aussetzung für vereinbar und lassen daher in diesem Falle Idealkonkurrenz zu. Noch weiter geht Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz (1900) 83 ff. Vom Standpunkte der oben vertretenen Ansicht aus bleibt bei Rücktritt vom Versuche des Tötungsdelikts strafbare Aussetzung nicht übrig.

IV. Wegen des im dritten Absatze behandelten durch den Erfolg qualifizierten Falles s. § 1 IV 2, § 59 II 3, § 224. Da mildernde Umstände nicht zugelassen sind, so ergiebt sich eine merkliche Inkongruenz besonders mit § 217.

§ 222.

Wer durch Fahrlässigkeit den Tod eines Menschen verursacht, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren bestraft.

Wenn der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet war, so kann die Strafe bis auf fünf Jahre Gefängnis erhöht werden.

I. Der **Begriff der fahrlässigen Tötung** fordert:

1. Eintritt des Todes eines Menschen;
2. Zurückführbarkeit dieses Todes auf ein menschliches Verhalten;
3. Fahrlässigkeit in Beziehung auf den Eintritt des Todes.

Es sind daher an dieser Stelle die Ausführungen über den Kausalzusammenhang (§ 1 III. IV. V. § 59 VII. § 224 I) und über die Fahrlässigkeit (§ 59 VI) zu vergleichen. Besonders hervorzuheben ist, daß die Fahrlässigkeit hier wie sonst auch in der Unterlassung einer pflichtmäßig gebotenen Handlung liegen kann. S. E. 6, 64 (unterlassene Verwahrung einer Grube von seiten des Grundstücksbesitzers), E 14, 362 (Unterlassung der Treppenbeleuchtung von seiten des Hauseigentümers), R 3, 757 (unterlassene Untersuchung des Fleisches auf Trichinen von seiten des Metzgers).

II. Qualifiziert ist die Fahrlässigkeit dann, wenn sie auf einer Vernachlässigung der **Amts-, Berufs- oder Gewerbepflicht** beruht. Eine scharfe Trennung dieser Begriffe wird nicht durchführbar, aber auch entbehrlich sein. Wesentlich ist, daß Amt, Beruf und Gewerbe sämtlich eine selbstgewählte Stellung im bürgerlichen Leben bezeichnen. Es scheiden also Stellungen aus, die nicht selbstgewählte sind, z. B. die der Eltern oder Vormünder. E 6, 24. Ein Amt ist zwar vielfach auch kein selbstgewähltes, aber der Eintritt in die Beamtenlaufbahn beruht doch auf freier Wahl. Der Begriff des Gewerbes ist nicht darauf beschränkt, daß es unter die GO fallen müßte. Daß die Ausübung der Amts-, Berufs- oder Gewerbethätigkeit als eine lebenslängliche gedacht sei, gehört ebensowenig zum Begriff.

Im übrigen läßt das Gesetz eine doppelte Auslegung zu. Einmal so, daß das konkrete, gerade in Frage stehende Verhalten in Ausübung des Amtes, Berufes oder Gewerbes erfolgen muß — sodann in dem Sinne, daß das Einzelverhalten kein amtliches, berufs- oder gewerbemäßiges zu sein braucht, sondern es genügt, wenn es seiner Art nach einem solchem entspricht, in den Kreis der Amts-, Berufs- oder Gewerbethätigkeit hineinfällt. Nach der ersten Auffassung würde z. B. das unvorsichtige

Digitized by Google

Gebahren eines Lohnkutschers bei der Lenkung eines Gefährts nur dann unter Abs. 2 fallen, wenn er gerade als Lohnkutscher fährt; nach der zweiten auch dann, wenn er bei einem zu seinem eigenen Vergnügen unternommenen Ausflug die Lenkung eines fremden Gefährts besorgt. Das RG hat sich meist für die zweite, strengere Auslegung entschieden. E 1, 203. 34, 65. R 3, 89, 636. 7, 301. 9, 311. Anders jedoch R 9, 460. — Auch insofern ist das RG sehr streng, als es zum Gewerbebetrieb alle Hilfs- und Nebenverrichtungen zählt, die den Betrieb unmittelbar oder mittelbar fördern. Von diesem Standpunkte aus rechnet es zum Betriebe des Metzgereigewerbes die Benutzung von Fuhrwerken und von Fahrrädern. R 6, 14, E 34, 65. Vergl. auch E 18, 204. Gerade hier aber zeigt sich das Bedenkliche. Fahrräder werden heutzutage von Personen aller Berufsklassen gebraucht, teils zu beruflichen, teils zu andern Zwecken. Es ist gar nicht zu verstehen, weshalb der spazierenradelnde Metzgerbursche zu größerer Aufmerksamkeit verpflichtet sein sollte als der das Gleiche thuende Student. Auch Hebammen bedienen sich des Fahrrades. Überfährt eine solche einen Menschen, so ist es doch wunderlich, zu sagen, daß sie vermöge ihres Hebammenberufs zu besonderer Aufmerksamkeit beim Radeln verpflichtet wäre. — Richtiger wird es daher sein, wenn man die Stelle nur auf solche Thätigkeiten bezieht, die als unmittelbarer Ausdruck der Amts-, Berufs- oder Gewerbethätigkeit erscheinen. Dagegen in Übereinstimmung mit dem RG Olsh. 8. 9, Oppenh.-Del. 7.

Qualifizierte Fahrlässigkeit ist insbesondere auch dann gegeben, wenn jemand, der sich berufsmäßig mit der Ausübung der Heilkunde befaßt, durch Fahrlässigkeit den Tod eines Patienten herbeiführt. Dies trifft nicht nur für die approbierten Ärzte und konzessionierten Hebammen und Bader, sondern schlechthin für jeden zu, der thatsächlich die Heilkunde betreibt, also auch für die sogenannten Kurpfuscher. R 4, 313. Die ärztliche Fahrlässigkeit in diesem weiteren Sinne des Wortes pflegt man einzuteilen in den Unfleiß und die Unkunst (Kunstfehler). Unfleiß liegt vor, wenn die behandelnde Person nicht nach den Regeln der ärztlichen Kunst eingeschritten und so der Tod eingetreten ist, der durch rechtzeitiges Eingreifen zu verhindern oder wenigstens zu verzögern gewesen wäre. Z. B. Nichtentfernung einer Nachgeburt von seiten einer Hebamme; E 15, 181. Unterlassung der Antiseptik; R 6, 505. Unkunst oder Kunstfehler liegt vor, wenn durch positiv falsche, d. h. den Regeln der ärztlichen Kunst widerstreitende Behandlung der Tod herbeigeführt wurde. Z. B. übermäßige Anwendung von Phosphor gegen Rhachitis; E 15, 151. In beiden Fällen kann das Schuldmoment insbesondere auch in der Übernahme der Behandlung selbst liegen, sofern die betreffende Person wissen mußte, daß ihr die erforderlichen Kenntnisse fehlen. — Über ärztliche Kunstfehler vergl. außer der Vorbem. II 3 z. 17. Abschn. zitierten Litteratur bes. Kühner, Die Kunstfehler der Ärzte (1886), Ortloff, Die strafbare Fahrlässigkeit bei Ausübung der Heilkunst (1888), Bornträger, Über die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes (1892), Brouardel, La responsabilité médicale (1897).

III. Über das Verhältnis der fahrlässigen Tötung zur Körperverletzung mit tödlichem Erfolg s. § 226.

Siebzehnter Abschnitt.

Körperverletzung.

I. **Objekt** der Körperverletzung ist der Mensch. Über den Beginn der menschlichen Persönlichkeit s. Vorbem. I z. 1. Abschn. und E 26, 178. Die **Selbstverletzung** ist nur im Falle des § 142 strafbar. Über mittelbare Thäterschaft s. Vorbem. III zum 3. Abschn. des 1. Teils.

II. Über **Wegfall der Rechtswidrigkeit** s. im allgemeinen Vorbem. I z. 4. Abschn. des 1. Teils. Insbesondere kommen hier in Betracht:

Digitized by Google

1. **Züchtigungsrechte.** S. darüber BGB §§ 1631. 1665. 1685. 1757. 1800. 1707 (Kinder), GO § 127 a. (gewerbliche Lehrlinge). Den Lehrern an öffentlichen niedern Schulen steht nach R 9, 165 ein Züchtigungsrecht gegenüber den Schülern auch dann zu, wenn das Landesrecht keine ausdrückliche Bestimmung darüber enthält. Für das Gebiet des ALR's spricht E 9, 204 dem Vorsitzenden des Schulvorstandes ein Züchtigungsrecht zu. Übertragung des Züchtigungsrechts ist zulässig, sofern sie nicht gegen die guten Sitten verstößt. R 4, 38. E 33, 32. Aufgehoben sind durch EG z. BGB. Art. 95 Züchtigungsbefugnisse der Herrschaft gegenüber dem Gesinde. Damit ist auch § 77 der preuß. Gesindeordnung v. 8./11 1810 gefallen. Die Stelle kann weder als persönlicher Strafausschließungsgrund noch auch als eine die Strafklage ausschließende, also prozessuale, Vorschrift aufrecht erhalten werden. S. EG z. StPO § 6.

   Die Grenzen des Züchtigungsrechts sind teils rechtlich bestimmt, teils müssen sie durch vernünftiges richterliches Ermessen bestimmt werden. Mit Überschreitung der Grenzen beginnt die Rechtswidrigkeit, und zwar ist vorsätzliche oder fahrlässige Körperverletzung anzunehmen, je nachdem die Überschreitung vorsätzlich oder fahrlässig erfolgt ist. Vergl. § 59 IV E 34, 118. Landesrechtliche Bestimmungen, welche die Überschreitung des Züchtigungsrechts disziplinärer Ahndung vorbehalten, sind gegenüber dem Reichsrechte ungiltig. E 2, 10. 5, 129. 193. 9, 302. 15, 376. 16, 34. 19, 265. A. A. Keßler, GS. 41, 161. Gegen diesen Stenglein, GS. 42, 1.

   In entsprechender Weise ist die Frage der konkreten Veranlassung zur Züchtigung zu entscheiden. Abweichend will E 5, 193 diese Frage der richterlichen Prüfung gänzlich entziehen und dieser nur die Entscheidung darüber vorbehalten, ob etwa das Züchtigungsrecht nur als Vorwand einer Körperverletzung gedient hat.

2. **Die Einwilligung des Verletzten** beseitigt die Rechtswidrigkeit, sofern die Körperverletzung Antragsdelikt ist. Vergl. o. S. 83. Dagegen messen der Einwilligung kein Gewicht bei v. Liszt § 87, Oppenh.-Del. 2 zu § 223 Hälschner 2, 91, E 2, 242. 6, 61, während sie nach Binding 1, 722 ff., Keßler, Die Einwilligung des Verletzten (1884) 73, Olsh. 9 zu § 223 die Rechtswidrigkeit jeder Körperverletzung des 17. Abschnittes beseitigt. S. auch die u. 3 angeführte Literatur.

3. **Zu Heilungszwecken erfolgender Eingriff.** Die Frage nach der Befugnis des Arztes zu körperlichen Eingriffen liegt rechtlich sehr unklar, weil es der Gesetzgebung bisher an dem Mute gefehlt hat, sie zu regeln. Die in der Praxis herrschende Lehre (E 25, 375) nimmt an, daß der ärztliche Eingriff an sich Körperverletzung sei, daß aber seine Rechtswidrigkeit beseitigt werde, sofern der Patient einwillige. Dem ist nicht beizutreten. Der nach der Regel der ärztlichen Kunst vorgehende Arzt mißhandelt weder noch schädigt er an der Gesundheit. Vergl. § 223 I. So schon Heß, Die Ehre und die Beleidigung des § 185 (1891), die erste Auflage dieses Kommentars und bald darauf eingehend Stooß, Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung (1898). Gleicher Ansicht ferner Binding, Lehrb. 53 ff., Kitzinger, GS 55, 87 und im wesentlichen auch v. Bar, GS 60, 81 ff. A. A. aber v. Lilienthal, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht (1899), Finger, Ztschr. 20, 12 ff, R. Schmidt, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes für verletzende Eingriffe (1900). Gegen ersteren aber wieder Heimberger, Strafrecht und Medizin (1899). — Zugegeben, der kunstgemäße ärztliche Eingriff wäre Körperverletzung, so könnte nach dem o. 2 Ausgeführten deren Rechtswidrigkeit in den allermeisten Fällen nicht durch Einwilligung beseitigt werden. So auch v. Bar a. a. O. 82. 83. Ebensowenig wäre der von anderer Seite (v. Liszt § 37) herangezogene Gesichtspunkt eines „ärztlichen Berufsrechts" dazu geeignet, schon deshalb nicht, weil das, was der Arzt darf, auch jedem andern

Digitized by Google

freisteht. Gegen das ärztliche Berufsrecht v. Bar a. a. O. 94, E 25, 375 und jetzt auch Binding, Lehrb. 56. Das von Oppenheim, Das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen (1892) als Grund der beseitigten Rechtswidrigkeit behauptete Gewohnheitsrecht ist nicht genügend bewiesen, die von Schmidt a. a. O. in den Vordergrund gestellte ärztliche Regel kann, weil keine Rechtsquelle, auch keine Straflosigkeit bewirken, und so ist denn für die Anhänger der herrschenden Lehre überhaupt keine Möglichkeit vorhanden, den ärztlichen Eingriff positiv rechtlich als erlaubt darzuthun.

Geht man dagegen von dem Satze aus, daß der nach den Regeln der ärztlichen Kunst vollzogene Eingriff keine Körperverletzung sei, so bedarf er auch keiner Rechtfertigung. Das ist nicht so zu verstehen, als sei jedes Vorgehen des Arztes dann und darum gestattet, wenn und weil es medizinisch geboten ist. Den Arzt, der gewaltsam jemanden operiert, schützt die Thatsache, daß er es nach den Regeln seiner Kunst gethan hat, nicht vor Strafe — nur ist diese nicht die der Körperverletzung, sondern die der Nötigung (§ 240). Was der Satz sagen will, ist dieses: die ärztliche Regel ist das Mittel, um zu erkennen, ob der Arzt sachgemäß vorgegangen ist, ob sein Thun, das rein äußerlich betrachtet allerdings die Merkmale der Körperverletzung zu haben scheint, sie doch in Wahrheit nicht hat. Die ärztliche Regel ist also nicht Rechtsquelle, sondern Erkenntnisquelle und bindet freilich als solche den Richter nicht. Gelangt er aber zur Verneinung der Körperverletzung, so tritt für ihn die Frage der Nötigung auf, deren Beantwortung von dem Vorliegen der Einwilligung des Patienten abhängt. Sobald aber der Richter zur Bejahung der Körperverletzung gelangen kann, ist theoretisch auch die Möglichkeit der Annahme eines Tötungsdelikts gegeben.

Aus dem Gesagten ergeben sich folgende Sätze:

a) Wenn der Arzt sachgemäß handelt, so kann er niemals wegen Körperverletzung bestraft werden. Wohl aber ist er wegen Nötigung strafbar, wenn er dabei gegen den Willen des Patienten (oder dessen Vertreters) handelt. A. A. E 25, 375, nach welchem Urteil in diesem Falle trotz Befolgung der ärztlichen Regeln Körperverletzung vorliegen soll.

b) Nimmt der Arzt seinen der ärztlichen Wissenschaft entsprechenden Eingriff an einer bewußtlosen Person in der Annahme vor, daß sie, wenn sie bei Bewußtsein wäre, ihre Einwilligung erteilen würde, so kann er selbst dann nicht bestraft werden, wenn er sich in dieser Annahme getäuscht hat. Vergl. § 59 II 2. (Die herrschende Lehre würde dagegen unter Umständen Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung behaupten).

c) Handelt der Arzt unsachgemäß und verursacht er dadurch einen schädigenden Erfolg, so begeht er eine Körperverletzung und zwar eine vorsätzliche dann, wenn er bewußt, eine fahrlässige, wenn er nur fahrlässig den Regeln seiner Wissenschaft zuwiderhandelt. Vergl. § 59 VI u. o. 1.

Der Umstand, daß ein Eingriff zu experimentellen Zwecken vorgenommen wurde, steht dem Begriffe der Körperverletzung und seiner Rechtswidrigkeit überhaupt nicht entgegen. Eingehender darüber v. Bar, Medizinische Forschung u. Strafrecht i. d. Festgabe der Göttinger Fakultät f. Regelsberger (1901).

Ist eine Körperverletzung als solche nicht rechtswidrig, so kann sie doch mit Rücksicht auf ihre Folgen als fahrlässige Tötung strafbar sein (E 23, 381), selbstverständlich aber nur dann, wenn der Thäter nicht befugt war, sein Recht auch trotz der Gefahr einer Tötung auszuüben. Hierüber Beling, Ztschr. 18, 277.

III. Ebenso wie der Eintritt des Todes wird auch der einer Körperverletzung vielfach als Strafschärfungsgrund verwertet. Auch hier taucht die Frage auf, ob Idealkonkurrenz mit eigentlicher Körperverletzung möglich ist oder nicht. Sie ist aus den zum 16. Abschnitt IV dargelegten Gründen zu bejahen. Daraus ergiebt sich als

Digitized by Google

wichtige Folgerung die **Zulässigkeit der Buße bei den durch den Eintritt einer Körperverletzung qualifizierten Delikten,** sofern Idealkonkurrenz mit Körperverletzung vorliegt, d. h. bezüglich des Eintritts der Verletzung ein Verschulden gegeben ist. S. § 231 und § 73 VI 2. Ebenso Binding, Lehrb. 52, v. Liszt § 89, Rosenfeld, Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses (1900) 167, Reinhardt, Geldstrafe und Buße (1890) 37, v. Dohna, Die Stellung der Buße (1902) 46. A. A. die meisten bes. Olsh. 5 zu § 231. Idealkonkurrenz wird aber dann ausgeschlossen, wenn, wie im Falle des § 205, die Körperverletzung in dem andern Delikte völlig aufgeht.

IV. **Militärisch qualifizierte Fälle** MStGB §§ 97. 122. 123. 127. 148.

§ 223.

Wer vorsätzlich einen Anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt, wird wegen Körperverletzung mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark bestraft.

Ist die Handlung gegen Verwandte aufsteigender Linie begangen, so ist auf Gefängnis nicht unter Einem Monat zu erkennen.

I. **Vorsätzliche leichte Körperverletzung.** — Das Gesetz löst den Begriff der Körperverletzung auf in die Unterbegriffe der körperlichen Mißhandlung und der Gesundheitsbeschädigung. Beide sind sehr bestritten.

1. **Mißhandeln** bedeutet, wie Olsh. 4 ausführt, zunächst ein unangemessenes, übles, schlimmes Behandeln. Diese Bemerkung ist in erster Linie von negativer Bedeutung: sie führt zur Ausscheidung der nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommenen Handlungen aus dem Gebiete der Körperverletzung. S. o. Vorbem. II 3 z. 17. Abschn. Anderseits kann nicht jede unangemessene Behandlung des Körpers als Körperverletzung angesehen werden (folgt namentlich aus §§ 117. 118), sondern es muß etwas weiteres hinzukommen. Den historischen Überlieferungen entsprechend, ist aber außer der unangemessenen Behandlung zu fordern, daß entweder das körperliche Wohlbefinden oder die körperliche Integrität beseitigt wird. Dieser Auffassung steht Olsh. 4 am nächsten, doch hält er nur eine entstellende Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit für ausreichend. Demnach würde das Abschneiden des Bartes und des Zopfes im allgemeinen nicht als Körperverletzung aufzufassen sein. Noch enger E **29**, 58, indem dieses Urteil zu jeder Körperverletzung die Störung des körperlichen Wohlbefindens fordert. (Damit ist E **19**, 136 schwer zu vereinigen.) Indessen dürfte nicht einmal die von Olsh. vertretene Beschränkung des Begriffs gerechtfertigt sein. Eng faßt den Begriff der Körperverletzung auch Binding, Lehrb. 42, insofern er Erregung von Schmerz oder Störung des Zusammenwirkens der menschlichen Organe fordert, und Zopf- oder Bartabschneiden daher niemals nach den 17. Abschn. beurteilt. Auf der andern Seite dehnt namentlich v. Liszt § 87 den Begriff der Körperverletzung zu weit aus, wenn er z. B. unzüchtige Berührung (vergl. auch Schultze i. d. ärztl. Sachverständigenzeitung **8**, 163 ff.) oder Veranstaltung einer Katzenmusik hierher rechnet. Namentlich die unzüchtigen Handlungen bilden eine Deliktsgruppe für sich und dürfen daher ohne weiteres nicht als Körperverletzung behandelt werden. Ganz verfehlt ist der in der Praxis gelegentlich auftretende Versuch, den Fall des § 182 wegen Verletzung des Hymen als Körperverletzung zu behandeln. Gegen v. Liszt auch Binding, Lehrb. 43. Die Erregung von Schreck oder Ekel kann sich nur dann als Mißhandlung darstellen, wenn sie in der

Digitized by Google

That das körperliche Wohlbefinden beeinträchtigt. Dies trifft zu, wenn die heftige Erregung der Empfindungsnerven einen Schmerz verursacht. So wohl auch E 32, 113.

2. Die **Gesundheitsbeschädigung** besteht in der Hervorrufung oder Steigerung eines pathologischen Zustandes, eines Zustandes also, der nach ärztlicher Terminologie als Krankheit bezeichnet wird. Z. B. syphilitische Ansteckung. Die Dauer des pathologischen Zustandes ist gleichgiltig. Daher gehört auch die Erregung von Trunkenheit hierher; desgleichen die Betäubung. S. über letzteren bestrittenen Punkt v. Lilienthal, Ztschr. 7, 372, Meyer 470. Daß die Verschlimmerung eines Krankheitszustandes als Gesundheitsbeschädigung anzusehen ist, erkennt E 19, 226 ausdrücklich an. Die Frage, ob auch Erregung einer Geisteskrankheit hierher gehört, ist insofern zu bejahen, als die Geisteskrankheit zugleich eine körperliche Gefährdung in sich schließt. Schlechthin für die Bejahung ist die herrschende Lehre. Vergl. übrigens §§ 224. 229.

II. Wegen des Vorsatzes s. Vorbem. z. 17. Abschn. III, wegen des qualifizierten Falles in Abs. 2 s. § 215, wegen des Antragserfordernisses § 233, wegen mildernder Umstände § 228, wegen der Kompensation § 233. Der Versuch ist als solcher nicht strafbar, doch werden einzelne Versuchshandlungen als del. s. g. behandelt, z. B. § 366 Nr. 6.

III. **Idealkonkurrenz** ist zunächst mit denjenigen Delikten möglich, zu deren Thatbestand eine Gewaltanwendung gehört. Denn der Begriff der Gewalt setzt nicht notwendig eine Körperverletzung voraus. S. § 52 II. Im übrigen vergl. § 73 VII 2 c *a*. § 185 VI, § 216 III, Vorbem. III z. 17. Abschn. u. § 240.

§ 223a.

Ist die Körperverletzung mittels einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges, oder mittels eines hinterlistigen Überfalls, oder von Mehreren gemeinschaftlich, oder mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung begangen, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter wei Monaten ein.

I. Die **vorsätzliche gefährliche** Körperverletzung ist durch die Novelle v. 26./2 1876 eingefügt worden. Sie wird nicht (wie die schwere des § 224) durch den Erfolg, sondern durch die Art und Weise der Begehung charakterisiert.

II. Gefährlich ist die Körperverletzung

1. wenn sie „mittels einer **Waffe**, insbesondere eines **Messers** oder eines andern **gefährlichen Werkzeuges**" begangen wurde. Die Interpunktion (Mangel eines Kommas hinter „Messers" und Vorhandensein eines solchen hinter „Werkzeuges") ergiebt, daß alle gefährlichen Werkzeuge unter den Begriff der Waffe fallen, auch dann, wenn sie im gewöhnlichen Leben nicht als Waffe bezeichnet werden. Als Werkzeug kommt jeder der Außenwelt angehörige Gegenstand in Betracht, sofern durch ihn menschliche Körperkraft, wenn auch in erhöhtem Maße, übertragen wird. Z. B. der geworfene oder gerollte Stein oder der Stein, mit dem geschlagen wird, nicht aber der Stein, auf den ich einen anderen werfe; nicht: der gehetzte Hund (E 8, 325), ausgegossenes Vitriol (R 4, 298), heißer Ofen (E 24, 372). — Daß der Gegenstand durch menschliche Thätigkeit angefertigt sei, liegt nicht im Begriffe. In dieser Beziehung übereinstimmend die herrschende Lehre (vergl. Olsh. 12 zu § 117) und das RG. Im übrigen wird von den meisten kein Gewicht darauf gelegt, daß der Gegenstand als Mittel menschlicher Kraftübertragung verwendet wird, sondern darauf, daß er auf mechanischem Wege verletzt (Gegensatz: chemischer Weg) und daß er

Digitized by Google

beweglich ist. E 24, 372 erklärt es denn auch ausdrücklich für gleichgiltig, ob der Thäter mit der Stoßwaffe eines Gewehrs auf einen andern einsticht oder umgekehrt diesen in die Stoßwaffe des Gewehrs wirft. Mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmend v. Liszt § 88, insofern er fordert, daß der Gegenstand durch menschliche Körperkraft in Bewegung gesetzt werde.

Es fragt sich, wann ein Werkzeug als ein gefährliches angesehen werden kann. Entgegen der herrschenden Lehre ist zu behaupten, daß das Werkzeug an sich weder gefährlich noch ungefährlich ist, sondern die eine oder die ander Eigenschaft erst durch die Art und Weise des Gebrauchs erlangt. Sachlich übereinstimmend Binding, Lehrb. 48. Das eigentümliche Wesen der Gefährlichkeit liegt aber hier darin, daß die Art und Weise des Gebrauchs die Besorgnis einer erheblichen Verletzung wachruft. Demnach ist einerseits eine schwanke Gerte gefährliches Werkzeug, wenn sie in das Ohr oder in den After eingeführt wird, anderseits ein schwerer Knüppel kein gefährliches Werkzeug, wenn nur mit seinem dünnen Ende geschlagen wird. Ebenso ist ein Federhalter mit Stahlfeder gefährliches Werkzeug, wenn er mit der Federseite zum Stechen, kein gefährliches Werkzeug, wenn er zum Schlagen verwendet wird. Ein schweres Ruder erscheint als gefährliches Werkzeug, wenn der Thäter mit ihm schlägt, nicht aber, wenn er es leise an den Körper einer andern Person anlegt und dazu benutzt, um diese zur Seite zu schieben. Ebensowenig ist die Schere beim Zopfabschneiden ein gefährliches Werkzeug. A. A. bes. R 2, 496, welche Entscheidung lediglich auf die objektive Beschaffenheit des Werkzeugs Gewicht legt. So auch, jedoch nicht ganz konsequent, Olsh. 5. Dagegen will E 4, 397 die objektive Beschaffenheit und die Art der Benutzung berücksichtigt wissen. Mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmend bes. v. Liszt § 88 und Bernau, Der Begriff des gefährlichen Werkzeugs (1897). In subjektiver Beziehung ist erforderlich, daß der Thäter diejenigen Umstände kenne, welche das Gericht zu der Annahme führen, daß das gebrauchte Werkzeug ein gefährliches sei. So im wesentlichen E 2, 278. Wenn Olsh. 12 gerade die Kenntnis der „Gefährlichkeit" fordert, so will er damit wohl nicht Rechtskenntnis auf dem Gebiete des Strafrechts verlangen. Die Körperverletzung ist ferner eine gefährliche, wenn sie

2. mittels eines **hinterlistigen Überfalls** begangen wird. Überfall bezeichnet einen unvorhergesehenen Angriff. Hinterlistig ist der Überfall dann, wenn der Thäter raffinierte Veranstaltungen getroffen hat, die dem andern die rechtzeitige Kenntnisnahme unmöglich machen. Vergl. §§ 180. 181 VI 3. Ein in plötzlicher Aufwallung, wenn auch von hinten her, erfolgender Angriff ist daher kein hinterlistiger. So E 2, 74 u. Olsh. 7. Abweichend u. a. Meyer 473;

bei **gemeinschaftlicher Begehung durch mehrere**. „Mehrere" sind mindestens zwei, und zwar muß jeder für seine Person eine Körperverletzung „begangen" haben. Es genügt also nicht, wenn der eine nur als Anstifter oder Gehilfe erscheint. Anderseits ist nicht absolutes zeitliches Zusammenfallen der mehreren Mißhandlungen, wohl aber unmittelbare zeitliche Folge zu verlangen. Es bedarf ferner nach § 59 des Bewußtseins der Gemeinschaftlichkeit, mit andern Worten also einer Mitthäterschaft. Olsh. 8. E 5, 306. Vergl. § 47 V;

4. wenn die Körperverletzung mittels einer **das Leben gefährdenden Behandlung** begangen wurde. Auch hier ist auf die konkreten Umstände, namentlich auf die Person des Verletzten zu sehen. Subjektiv muß der Thäter das Bewußtsein haben, daß er das Leben gefährde. In ersterer Beziehung etwas abweichend Olsh. 9 u. Rüd.-Stengl. 7. In letzterer Beziehung übereinstimmend Olsh. 12, Merkel 298, abweichend die meisten, bes. E 2, 106. 10, 100. 17, 279, R 8, 724.

III. Die gefährliche Körperverletzung ist kein Antragsdelikt (§ 232) und nicht kompensabel (§ 233). Wegen mildernder Umstände s. § 228.

Digitized by Google

§ 224.

Hat die Körperverletzung zur Folge, daß der Verletzte ein wichtiges Glied des Körpers, das Sehvermögen auf einem oder beiden Augen, das Gehör, die Sprache oder die Zeugungsfähigkeit verliert, oder in erheblicher Weise dauernd entstellt wird, oder in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit verfällt, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder Gefängnis nicht unter Einem Jahre zu erkennen.

I. Im Gegensatz zu der gefährlichen ist die hier behandelte **schwere Körperverletzung** nur durch den Erfolg qualifiziert. Maßgebend ist nur der wirklich eingetretene schwere Erfolg. Der bevorstehende genügt nicht, auch wenn sein späterer Eintritt mit Sicherheit vorauszusehen ist. E 14, 4. Über die hier besonders wichtige Frage des Kausalzusammenhanges s. § 1, III. IV. V. Darüber, daß der schwere Erfolg kein besonderes Verschulden erfordert, § 59 II 3. Abweichend u. a. Oppenh.-Del. 11. Der Umstand, daß der schwere Erfolg durch eine Operation abwendbar gewesen wäre, steht dem Kausalzusammenhange selbst dann nicht entgegen, wenn die Operation eine leichte war und der Verletzte sich ihr trotz Kenntnis der Sachlage nicht unterzogen hat. Vergl. E 22, 173 und Endemann, Die Rechtswirkungen d. Ablehnung einer Operation (1893).

II. Die einzelnen Strafschärfungsgründe sind folgende:

1. **Verlust eines wichtigen Gliedes.** Glied ist nach medizinischem Sprachgebrauche ein Körperteil, der mit einem andern durch Gelenke verbunden ist. E 6, 346. Ohne ausreichenden Grund erstreckt die herrschende Lehre aber den Begriff auf alle Körperteile, die eine in sich abgeschlossene Existenz mit besonderen Funktionen im Gesamtorganismus haben. E 3, 391. Demgemäß werden auch die äußeren Ohren und die Nase als Glieder angesehen. Ein Teil der Schädeldecke ist zweifellos kein Glied. — Was ein wichtiges Glied ist, läßt sich kaum bestimmen. Annäherndes Einverständnis (abweichend jedoch Binding, Lehrb. 49) herrscht darüber, daß die Individualität des Verletzten außer Betracht bleiben muß (man denke an einen Musiker oder an einen „Prestidigitateur"). Giebt man das zu, so hat man zu sagen: wichtig ist ein solches Glied, das zur normalen Erfüllung der allgemein menschlichen Thätigkeiten des Gehens, Essens, Trinkens erforderlich ist. Urt. d. RG's v. 15./3 1900 (Arch. 47, 168) hebt hervor, daß die Wichtigkeit eines Gliedes durch seine Bedeutung für den Gesamtorganismus bestimmt wird. Zweifellos gehören hierher die Beine, die Unterschenkel, die Füße, die Arme, die Unterarme und die Hände. E 6, 346 u. R 5, 403 rechnen die beiden ersten Glieder eines Fingers nicht hierher. Verlust ist nicht gleichbedeutend mit Gebrauchsunfähigkeit, sondern bedeutet völlige Lostrennung vom Körper. E 3, 33. Abweichend Oppenh.-Del. 3. Ist aber das Glied vom Körper losgetrennt, so steht die Möglichkeit künstlichen Ersatzes dem Verluste nicht entgegen. Bedenklich ist die Ansicht Olshausens 11, daß Verlust durch Amputation ausreichend sei.
2. **Verlust des Sehvermögens auf einem oder beiden Augen.** — Sehvermögen bedeutet die Fähigkeit, mittels des Auges Gegenstände wahrzunehmen. Fehlt es an dieser Fähigkeit, so ist das Sehvermögen auch dann verloren, wenn Lichtempfindung zurückgeblieben ist. E 14, 4. 118. Nach E 27, 80 braucht der Verlust kein dauernder zu sein, und soll deshalb die Möglichkeit der Wiedererlangung des Sehvermögens durch Operation dem Verluste nicht entgegenstehen.
3. **Verlust des Gehörs.** — Gehör ist die Fähigkeit, artikulierte Laute zu verstehen. Verlust nur auf einem Ohre genügt nicht.
4. **Verlust der Sprache**, d. h. der Fähigkeit zum artikulierten Reden.

Digitized by Google

5. **Verlust der Zeugungsfähigkeit,** d. h. der Fähigkeit zur Fortpflanzung, nicht zur Ausübung des Beischlafs.

6. **Dauernde Entstellung in erheblicher Weise.** — Die Gesamterscheinung des Menschen muß deformiert sein. Deformation solcher Körperteile, welche verdeckt zu werden pflegen, genügt nicht. Anderseits steht der Umstand, daß der Mangel sich durch künstliche Vorrichtungen u. dergl. verbergen läßt (Rhinoplastik), dem Begriffe der Entstellung nicht entgegen. So die herrschende Lehre u. E 6, 5. 14, 344.

7. **Verfallen in Siechtum, Lähmung oder Geisteskrankheit.** — In dem Begriffe des „Verfallens" liegt einmal, daß der Zustand eine längere Zeit hindurch anhalten (abweichend Meyer 475), sodann daß er den ganzen Organismus ergreifen muß. Dieses letztere ist namentlich für die Lähmung von Bedeutung. Siechtum bedeutet einen chronischen Krankheitszustand von ungewisser Dauer und von Einfluß auf das Allgemeinbefinden, namentlich durch Verminderung der Körperkräfte. E 12, 127, R 10, 32. Lähmung ist wesentliche und erhebliche Beeinträchtigung der Bewegungsfähigkeit eines Körperteils, sodaß dadurch der ganze Organismus ergriffen wird; z. B. Lähmung der Blase. E 6, 65, R 8, 565.

III. Die schwere Körperverletzung ist kein Antragsdelikt (§ 232) und nicht kompensabel (§ 233). Über mildernde Umstände s. § 228, über Versuch § 43 V 3.

§ 225.

War eine der vorbezeichneten Folgen beabsichtigt und eingetreten, so ist auf Zuchthaus von zwei bis zu zehn Jahren zu erkennen.

I. Der objektive Thatbestand dieser Stelle deckt sich mit der vorhergehenden. Der Unterschied liegt in der subjektiven Seite, nämlich darin, daß eine der in § 224 bezeichneten Folgen der Körperverletzung beabsichtigt war. Es wird also eine über den Dolus der einfachen Körperverletzung hinausgehende Verschuldung gefordert. S. darüber § 59 IV a. E.

II. Mildernde Umstände sind nicht zugelassen. § 228. Vergl. im übrigen § 224 III und wegen des Versuchs nach § 43 V, E 9, 67.

§ 226.

Ist durch die Körperverletzung der Tod des Verletzten verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren oder Gefängnis nicht unter drei Jahren zu erkennen.

I. **Körperverletzung mit tödlichem Erfolge.** — Über Kausalzusammenhang s. § 1 III. IV. V; darüber, daß Verschuldung hinsichtlich des letalen Erfolges nicht erforderlich ist, § 59 II. Vielmehr geht, wenn der Thäter sich die Herbeiführung des Todes vorgesetzt hatte, das Delikt in Totschlag oder Mord über. Dagegen kann der vielfach, z. B. von Olsh. 2, aufgestellten Behauptung, daß die Körperverletzung mit tödlichem Erfolge ein Spezialfall der fahrlässigen Tötung sei, deshalb nicht beigetreten werden, weil sie Verschulden bezüglich des tödlichen Erfolges in keiner Weise verlangt. Daher ist Idealkonkurrenz möglich. Wegen mildernder Umstände s. § 228. Liegt gleichzeitig der Strafschärfungsgrund des § 225 vor, so dürfen mildernde Umstände nicht zugelassen werden. Ebenso Binding, Lehrb. 50 (der irrtümlich die 2. Aufl. dieses Kommentars als abweichend anführt). A. A. Olsh. 2.

II. Vergl. wegen der Abwendung des Erfolges durch Operation § 224 I und wegen des Verlustes der bürgerl. Ehrenrechte § 32 II 2 b.

Digitized by Google

§ 227.

Ist durch eine Schlägerei oder durch einen von Mehreren gemachten Angriff der Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung (§ 224) verursacht worden, so ist Jeder, welcher sich an der Schlägerei oder dem Angriffe beteiligt hat, schon wegen dieser Beteiligung mit Gefängnis bis zu drei Jahren zu bestrafen, falls er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist.

Ist eine der vorbezeichneten Folgen mehreren Verletzungen zuzuschreiben, welche dieselben nicht einzeln, sondern nur durch ihr Zusammentreffen verursacht haben, so ist Jeder, welchem eine dieser Verletzungen zur Last fällt, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu bestrafen.

K I. **Die Schlägerei oder der Raufhandel** wird vom Gesetze nur dann als besonderes Delikt behandelt, wenn eine der in der vorliegenden Stelle bezeichneten schweren Folgen eintritt. Dabei ist der gesetzgeberische Gedanke der, daß die Beteiligung an dem gefährlichen Raufhandel bestraft werden soll, als Beweis der Gefährlichkeit aber der schwere Erfolg erscheint. Vergl. bes. Reuter, Der Raufhandel (1899). Es genügt, wenn der schwere Erfolg bei einer dritten Person, z. B. einem einschreitenden Polizisten eintritt. Aus der dargelegten Grundauffassung ergeben sich folgende Konsequenzen:

1. Thäter ist jeder schuldhaft Beteiligte, auch der schwer Verletzte selbst. Ebenso E 32, 33. A. A. bes. Olsh. 11. Ein über die Beteiligung hinausgehendes Verschulden hinsichtlich des schweren Erfolges wird nicht gefordert, und selbst der nachgewiesene Mangel eines solchen entschuldigt nicht. Vielmehr ist der Erfolg nur objektive Bedingung der Strafbarkeit. Ebenso v. Liszt § 92, Reuter a. a. O. 41 ff., E 32, 33. Dagegen führen Binding 1, 591 und Loening 93 den Grundgedanken des Gesetzes auf die Präsumtion einer Verschuldung hinsichtlich des schweren Erfolges zurück und gelangen demnach auch zu abweichenden Folgerungen. — Beteiligung am Raufhandel ist nicht gleichbedeutend mit Teilnahme daran. Vielmehr ist Anwesenheit am Orte der That erforderlich. So bes. v. Liszt § 92. Im übrigen gehört zur Beteiligung ein gegen irgend jemanden feindliches Mitwirken, mag es in physischer oder in „psychischer" Thätigkeit (Aufhetzen, Anfeuern) bestehen. R 9, 584, E 5, 170. In welchem Augenblicke die Beteiligung stattfindet, ist gleichgiltig und besonders nicht erforderlich, daß sie zeitlich mit der Zufügung der schweren Verletzung zusammenfällt. Selbstverständlich aber muß die Beteiligung gerade bei dem Raufhandel stattfinden, bei welchem die schwere Verletzung zugefügt wird. Die somit notwendige Einheit des Raufhandels wird dadurch nicht beseitigt, daß er sich in zeitlich und räumlich auseinanderfallenden Akten und unter teilweise verschiedenen Beteiligten abspielt. Bestimmte Regeln darüber, wann die Einheit anzunehmen oder nicht anzunehmen sei, hat man bis jetzt nicht aufzustellen vermocht, vielmehr alles dem richterlichen Ermessen überlassen. Vergl. Reuter a. a. O. 7 ff. Immerhin wird man einen Kausalzusammenhang unter den einzelnen Akten verlangen müssen. — Die Zahl der Beteiligten ist mit der herrschenden Lehre dahin zu bestimmen, daß zum Raufhandel mindestens drei gehören.
2. Idealkonkurrenz zwischen Beteiligung am Raufhandel und Zufügung einer Verletzung innerhalb desselben ist möglich. So die herrschende Lehre, vergl. R 9, 716, E 32, 33. A. A. alle diejenigen, welche den Grundgedanken des Gesetzes als den einer Präsumtion der Verschuldung auffassen. S. o. 1 und Binding 1, 363, Lehrb. 77, Hälschner 2, 108, Meyer 499. Nach Ansicht der Genannten tritt in diesem Falle § 227 gegenüber den Vorschriften über Körper-

Digitized by Google

verletzung oder Tötung zurück. Hiergegen besonders Reuter a. a. O. 70 ff. Das Umgekehrte wird von keiner Seite behauptet, d. h. eine Konsumtion der einzelnen Verletzungen durch den Raufhandel an sich, wie durch den Zweikampf, tritt zweifellos nicht ein.

II. Das **Verschulden** besteht zunächst in dem Bewußtsein, sich an einer Schlägerei zu beteiligen. Das Gesetz fordert aber außerdem, daß der Thäter schuldhaft in die Schlägerei hineingezogen wurde. (Die negative Fassung des Gesetzes wird mit Recht von Olsh. 7, Reuter a. a. O. 16 ff., R 9, 584. 10, 627. 668 für bedeutungslos erklärt, so daß also immer der positive Nachweis des Verschuldens geführt werden muß.) Schuldhaft ist aber jedes Sichhineinziehenlassen, dem kein rechtlich anerkannter Entschuldigungsgrund zur Seite steht. Abgesehen von den Fällen, in welchen jemand wider seinen Willen hineingedrängt wird, ist namentlich die Notwehr von Bedeutung. Befand sich der Teilnehmer gleich beim Eintritt in die Rauferei im Stande der Notwehr, so kann von Verschulden keine Rede sein. Nach strenger Interpretation muß dies auch dann angenommen werden, wenn er im Laufe des Streites zum Angriffe übergeht, denn die Thatsache, daß er ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, bleibt immer bestehen, Dagegen Reuter a. a. O. 24, E 30, 271. Zu beachten bleibt ferner, daß Notwehr nicht nur zum Schutze der eigenen, sondern auch einer fremden Person möglich ist. Vergl. § 53. — Ist umgekehrt ein Teilnehmer mit seinem Verschulden in die Schlägerei hineingezogen worden, so kann er sich wohl bezüglich einer einzelnen ihm zur Last fallenden Verletzung auf Notwehr berufen, nicht aber mit Bezug auf seine Beteiligung als solche. E 3, 236. — Darüber, daß ein Verschulden hinsichtlich des Ausgangs des Raufhandels nicht verlangt wird, s. o. I.

III. Die Beteiligung an einem von mehreren gemachten **Angriffe** steht der Beteiligung an der Schlägerei gleich. Mit Recht findet Reuter a. a. O. 3 den Unterschied zwischen Angriff und Schlägerei darin, daß es bei dem ersteren nicht zu Thätlichkeiten gekommen zu sein braucht. Z. B. A und B stürmen auf C los, dieser flieht und verletzt sich durch einen Sturz. Die Bedingung der Strafbarkeit ist hier auch dann erfüllt, wenn die schwere oder tödliche Verletzung einen der Angreifer selbst trifft. Die angegriffene Seite befindet sich zunächst im Stande der Notwehr. Hört diese auf oder wird sie überschritten, so beginnt nunmehr die Schlägerei im Sinne des Gesetzes. Und von diesem Augenblicke an macht sich auch der Angegriffene strafbar, vorausgesetzt, daß er schuldhaft die Notwehr überschreitet und nunmehr die Bedingung der Strafbarkeit eintritt.

IV. Der **zweite Absatz**, dessen Auslegung und prinzipielle Bedeutung sehr bestritten ist, wird am richtigsten in dem Sinne aufgefaßt, daß er gegenüber dem ersten einen Strafschärfungsgrund enthält. Die Beteiligung der in ihm bezeichneten Personen wird also besonders streng bestraft. Tritt der schwere oder tödliche Erfolg durch eine Einzelverletzung ein, so erscheint allerdings auch der Thäter dieser Verletzung besonders strafwürdig, es fehlt aber an einem praktischen Bedürfnis, gerade seine Beteiligung am Raufhandel strenger zu bestrafen, weil für ihn die Gesichtspunkte des Mordes, des Totschlags, der schweren oder der tödlichen Körperverletzung ausreichen. Dagegen wird in den vom Gesetze hervorgehobenen Fällen häufig dem einzelnen der schwere Erfolg nach allgemeinen Regeln nicht ganz zur Last zu setzen sein, sodaß das praktische Bedürfnis nach strengerer Bestrafung in anderer Weise befriedigt werden muß.

Aus der vertretenen Auffassung folgt, daß der zweite Absatz nur angewendet werden kann, wenn sämtliche Voraussetzungen des ersten vorliegen, also nur gegen Personen, die nicht ohne ihr Verschulden „hineingezogen" worden sind. Ebenso bes. Reuter a. a. O. 88. A. A. (teils ausdrücklich, teils indirekt) v. Liszt § 92, Meyer 499, Olsh. 16, Oppenh.-Del. 22, Rüd.-Stengl. 10.

Vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung aus ergiebt sich ferner, daß der zweite Absatz mit den Tötungsdelikten und den verschiedenen Formen der (vorsätzlichen)

Digitized by Google

Körperverletzung in Idealkonkurrenz treten kann. Dagegen läßt besonders Reuter a. a. O. 103 ff. keine Idealkonkurrenz mit den Delikten der §§ 223a. 224. 226 zu.

Im einzelnen ist bestritten, ob die vom Gesetze geforderten Körperverletzungen vorsätzliche sein müssen oder ob auch fahrlässige genügen. Die Frage ist im ersteren Sinne zu beantworten, da das Gesetz vor dem § 230 überhaupt nur vorsätzliche Körperverletzungen kennt. Ebenso Binding, Lehrb. 77, Hälschner 2, 110, v. Liszt § 92, Oppenh.-Del. 20. A. A. Olsh. 17, Reuter a. a. O. 80 ff. Zweifellos genügt Vorsatz bezüglich der einfachen Verletzung und ist ein Verschulden hinsichtlich des schweren Erfolges nicht erforderlich.

V. Über mildernde Umstände s. § 228, über Buße § 231 II 1.

VI. Eine ergänzende Bestimmung s. § 367 Nr. 10.

§ 228.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so ist in den Fällen des § 223 Abs. 2 und des § 223a auf Gefängnis bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bis zu eintausend Mark, in den Fällen der §§ 224 und 227 Absatz 2 auf Gefängnis nicht unter Einem Monat, und im Falle des § 226 auf Gefängnis nicht unter drei Monaten zu erkennen.

S. die voraufgehenden Stellen.

§ 229.

Wer vorsätzlich einem Anderen, um dessen Gesundheit zu beschädigen, Gift oder andere Stoffe beibringt, welche die Gesundheit zu zerstören geeignet sind, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod verursacht worden, auf Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder auf lebenslängliches Zuchthaus zu erkennen.

I. Die vorliegende Stelle erklärt einen einzelnen Fall **der versuchten Körperverletzung** und zwar als del. s. gen. für strafbar. Strafbar ist aber auch der Versuch der Vergiftung selbst. Vergl. § 43 V 2, E 24, 382. Über Versuch des qualifizierten Falles s. § 43 V 3.

II. Unter **Gift** hat man (nach E. Harnack) solche nicht organisierte Substanzen zu verstehen, welche infolge chemischer Einwirkungen auf den lebenden Körper dessen Thätigkeit derart verändern, daß es dem Körper zum Schaden gereicht und in höheren Graden der Wirkung den Tod zur Folge hat. Unter den Begriff der **andern Stoffe** fallen somit alle organisierten Substanzen (z. B. Bakterien), sowie diejenigen nicht organisierten, welche auf mechanischem Wege die Gesundheit zu zerstören geeignet sind (z. B. gehacktes Glas).

III. **Beigebracht** ist das Gift usw. dann, wenn es derartig in den Körper der andern Person eingeführt ist, daß es seine die Gesundheit zerstörende Wirkung zu entfalten vermag. Einführung in den Mund genügt also zur Vollendung nicht schlechthin. Abweichend scheinbar Meyer 488, Rüd.-Stengl. 5. Im übrigen ist es gleichgiltig, ob der Thäter das Gift unmittelbar in den Körper des andern einführt, oder ob er sich des andern selbst als Mittel bedient (mittelbare Thäterschaft). Ebenso gleichgiltig ist die Art und Weise der Einführung (Einschlucken, Einatmen, Einspritzen).

Ist das Gift usw. beigebracht, so ist das Delikt vollendet, und von einem die Strafbarkeit beseitigenden Rücktritte kann nicht mehr die Rede sein. Ebenso Olsh. 9,

Digitized by Google

auch Binding, Lehrb. 60, der jedoch mit Hälschner 2, 107 den § 46 Nr. 2 analog anwenden will. S. u. IV. Die Frage, ob die Beibringung jedes Quantums zur Vollendung genügt, ist nicht zweifellos. Der Wortlaut spricht beim Gift für die Bejahung, bei den andern Stoffen für die Verneinung. Man wird aber eine einheitliche Entscheidung treffen und annehmen müssen, daß stets soviel Gift oder andere schädliche Stoffe beigebracht sein müssen, daß sie in concreto gefährdend wirken. Vorher liegt nur Versuch vor. So die herrschende Lehre und E 24, 382. Dagegen nimmt Olsh. 8 an, daß es auf konkrete Gefährdung nicht ankomme und das Delikt schon dann vollendet sei, wenn die beigebrachte Menge zur Zerstörung der Gesundheit irgend einer Person genüge.

IV. Zum **Dolus** gehört zunächst die Kenntnis der Qualität des beigebrachten Stoffes. Außerdem aber muß ein jenseits des objektiven Thatbestandes liegender Erfolg erstrebt, die **Absicht der Gesundheitsbeschädigung** vorhanden sein. Der subjektive Thatbestand ist somit nur dann erfüllt, wenn die Vorstellung des gesundheitsschädlichen Erfolges nachweisbar den Thäter zur Beibringung des Giftes usw. veranlaßt hat. Dies wird regelmäßig nicht zutreffen, wenn eine syphilitische Frauensperson den Beischlaf ausübt. Mit der Absicht der Gesundheitsbeschädigung kann sich der Vorsatz der Tötung dann nicht verbinden, wenn diese selbst beabsichtigt (erstrebt) ist. In diesem Falle ist daher **Idealkonkurrenz** mit den Tötungsdelikten ausgeschlossen, auch kann bei beabsichtigter Tötung eine Bestrafung auf Grund der vorliegenden Stelle dann nicht eintreten, wenn der Thäter nach Beibringung des Giftes vom Versuche zurücktritt. (Eben deshalb ist die oben III Abs. 2 mitgeteilte Ansicht Bindings innerlich durchaus gerechtfertigt, gegenüber dem mangelhaften Gesetz aber formell nicht haltbar). Das Entgegengesetzte gilt für den Fall, daß der Thäter sich durch die Vorstellung der Gesundheitsbeschädigung zum Handeln bestimmen ließ, daneben aber einen eventuellen Tötungsvorsatz hatte. A. A. einerseits Binding, Normen 2, 520, Hälschner 2, 104, Olsh. 9, insofern sie Idealkonkurrenz zwischen den Tötungsdelikten und Vergiftung niemals, anderseits v. Liszt § 91, Meyer 480, insofern sie Idealkonkurrenz allgemein für möglich halten.

V. Wegen des qualifizierten Falles s. § 59 II. Über die Frage, ob Versuch des qualifizierten Deliktes als solcher möglich ist, vergl. § 43 V 3.

VI. Wegen der Buße vergl. § 231 II.

§ 230.

Wer durch Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines Anderen verursacht, wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

War der Thäter zu der Aufmerksamkeit, welche er aus den Augen setzte, vermöge seines Amtes, Berufes oder Gewerbes besonders verpflichtet, so kann die Strafe auf drei Jahre Gefängnis erhöht werden.

S. § 222 u. Vorbem. II 3 z. 17. Abschn.

§ 231.

In allen Fällen der Körperverletzung kann auf Verlangen des Verletzten neben der Strafe auf eine an denselben zu erlegende Buße bis zum Betrage von sechstausend Mark erkannt werden.

Eine erkannte Buße schließt die Geltendmachung eines weiteren Entschädigungsanspruches aus.

Für diese Buße haften die zu derselben Verurteilten als Gesamtschuldner.

Digitized by Google

I. Über das Wesen der **Buße** s. Vorbem. III 2 z. 1. Abschn. des 1. Teils. — Im Gegensatze zu § 188, der im einzelnen zu vergleichen ist, wird hier die Zulässigkeit der Buße nicht von dem Eintritte eines Vermögensschadens abhängig gemacht. Da aber die Zuerkennung der Buße im Ermessen des Richters steht, so kann er wegen mangelnden Vermögensschadens den Anspruch auf Buße zurückweisen. Vergl. Rosenfeld, Die Nebenklage (1900) 182 ff. — Über einen scheinbaren weiteren Gegensatz zu § 188 vergl. das. V. Mit Unrecht hält Binding, Lehrb. 52 die Verurteilung des Gehilfen zu Buße für unzulässig.

II. **Die Zulässigkeit der Buße ist bestritten:**

1. im Falle des § 227 Abs. 1. Da hier die Verurteilung nicht wegen Körperverletzung, sondern wegen Beteiligung an der Schlägerei erfolgt, so ist die Zulässigkeit zu verneinen. Ebenso Binding, Lehrb. 78, Hälschner 2, 112, Rosenfeld a. a. O. 166. Abweichend die herrschende Lehre, z. B. Olsh. 4, wohl auch E **30**, 367;
2. im Falle des § 229. Auch hier ist die Zulässigkeit grundsätzlich zu verneinen und nur dann zu bejahen, wenn als Folge der Vergiftung eine schwere Körperverletzung eintritt. Ebenso Olsh. 4, Rosenfeld a. a. O. 166. A. A. Oppenh.-Del. 1, Rüd.-Stengl. 4;
3. bei den außerhalb des 17. Abschnittes stehenden Körperverletzungen. Vgl. darüber Vorbem. III z. 17. Abschn.

III. Der Bußanspruch wird u. U. durch die Vorschriften der **Reichsversicherungsgesetze** beseitigt oder modifiziert. Vergl. bes. GUVG § 135 und E **24**, 82, 397.

§ 232.

Die Verfolgung leichter vorsätzlicher, sowie aller durch Fahrlässigkeit verursachter Körperverletzungen (§§ 223, 230) tritt nur auf Antrag ein, insofern nicht die Körperverletzung mit Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht begangen worden ist.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

Die in den §§ 195, 196 und 198 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

I. Obwohl seit Einfügung des § 223a die Einteilung der Körperverletzung in leichte und schwere nicht mehr erschöpfend ist, so ist doch zweifellos, daß die gefährliche Körperverletzung nicht zu den Antragsdelikten zählt.

II. Wegen Übertretung einer Amts-, Berufs- oder Gewerbspflicht s. § 222. Liegt eine solche Übertretung vor, so ist die Körperverletzung ohne Rücksicht auf ihre sonstige Qualifizierung ohne Antrag verfolgbar.

III. Über den Begriff der Angehörigen s. § 52.

IV. Vergl. im übrigen §§ 61 ff. 195. 196. 198.

§ 233.

Wenn leichte Körperverletzungen mit solchen, Beleidigungen mit leichten Körperverletzungen oder letztere mit ersteren auf der Stelle erwidert werden, so kann der Richter für beide Angeschuldigte, oder für einen derselben eine der Art oder dem Maße nach mildere oder überhaupt keine Strafe eintreten lassen.

I. Zu den leichten Körperverletzungen gehören die gefährlichen hier ebensowenig wie im Falle des § 232. Kompensabel ist auch eine Körperverletzung, die mit einem andern

Digitized by Google

Delikt ideell konkurriert (vergl. Steinitz, Die sog. Kompensation (1894) 42 ff.). Die Kompensationsfähigkeit der Körperverletzung aus § 340 wird dagegen verneint von der herrschenden Lehre u. E 6, 433.

II. Spricht der Richter eine der Art oder dem Maße nach mildere Strafe aus, so kann er doch niemals unter das gesetzliche Minimum der betreffenden Strafart heruntergehen. Dagegen ist es zulässig, auf Haft zu erkennen, obwohl sie für Körperverletzungen nicht angedroht ist. Verweis aber ist gegen solche Personen, die zur Zeit der That über 18 Jahre alt waren, unzulässig, weil § 57 so zu verstehen ist, daß diese Strafe nur gegen Jugendliche ausgesprochen werden kann.

III. Im übrigen vergl. die Bemerkung zu § 199.

Achtzehnter Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen wider die persönliche Freiheit.

Der **Begriff der persönlichen Freiheit** läßt eine allgemeine Definition nicht zu. Eine solche kann vielmehr nur für die einzelnen in dem 18. Abschnitte behandelten Delikte aufgestellt werden. Wenn manche, z. B. Bruck, Zur Lehre von den Verbrechen gegen die Willensfreiheit (1875) 4 ff. und v. Liszt § 98 persönliche Freiheit mit Freiheit der Willensbethätigung identifizieren, so ist dagegen mit Olsh. Vorbem. 1 z. 18. Abschn. zu betonen, daß, wenn auch nicht alle, so doch einzelne der hier behandelten Delikte auch gegen willensunfähige Personen begangen werden können. Vergl. Binding, Lehrb. 80.

Übrigens finden sich auch außerhalb des 18. Abschnittes viele Delikte, bei denen neben andern Rechtsgütern auch die persönliche Freiheit als verletzt erscheint. Hierher gehören alle, die mit Gewalt gegen eine Person begangen werden.

§ 234.

Wer sich eines Menschen durch List, Drohung oder Gewalt bemächtigt, um ihn in hilfloser Lage auszusetzen oder in Sklaverei, Leibeigenschaft oder in auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste zu bringen, wird wegen Menschenraubes mit Zuchthaus bestraft.

I. Der **Menschenraub** erscheint als ein Spezialfall der Freiheitsberaubung des § 239, kann also mit dieser nicht in Idealkonkurrenz treten. Die Spezialisierung zeigt sich in folgenden Momenten:

1. Die Freiheitsberaubung muß eine besonders intensive, eine Bemächtigung sein, d. h. eine Erlangung eigner physischer Herrschaft über die Person.
2. Diese Herrschaft muß durch **List, Drohung** oder **Gewalt** erlangt worden sein. Unter List ist ein auf Täuschung berechnetes Verhalten zu verstehen, ein Verhalten, dessen Tragweite der andere nicht erkennt. Ähnlich E 15, 340, R 8, 465. Dagegen verneint E 17, 90, daß in dem Begriffe der List das Moment der Täuschung liege. Jedoch widerspricht sich die Entscheidung selbst. Gegen sie bes. Olsh. 5. Über Drohung s. § 48a III 1a, über Gewalt § 52 II 1. Ob diese Mittel gegen die zu raubende oder gegen eine dritte Person angewendet werden, unter deren Schutz oder Obhut die erstere steht, ist gleichgiltig.
3. Die Bemächtigung des Menschen muß in der **Absicht** (= erstrebter Erfolg; vergl. § 59 IV) vorgenommen sein, um ihn in hilfloser Lage auszusetzen (vergl. § 221) oder in Sklaverei, Leibeigenschaft oder in auswärtige Kriegs- oder Schiffsdienste zu bringen. Die Erreichung dieser Absicht gehört nicht zum Thatbestande. Wird sie aber er-

Digitized by Google

reicht, so kommt sie kriminalistisch nicht mehr in Betracht, ebensowenig wie die Zueignung der gestohlenen Sache noch besonders als Unterschlagung bestraft werden kann. Vergl. § 73 VII 2c β. A. A. die herrschende Lehre, welche Idealkonkurrenz annimmt. Vergl. Binding, Lehrb. 109. 110. Wegen des Sklavenraubes und Sklavenhandels s. jetzt Ges. v. 28./7 1895. § 1 dieses Gesetzes bestraft die vorsätzliche Mitwirkung an einem auf Sklavenraub gerichteten Unternehmen, hat also eine Thätigkeit im Auge, die von mehreren ausgeht und auf Bemächtigung einer größeren Anzahl von Personen gerichtet ist. Für diese Auslegung spricht nicht nur das Bedürfnis, den Thatbestand des § 234 scharf abzugrenzen, sondern auch der Umstand, daß das zitierte Gesetz einen „Anführer" des Unternehmens voraussetzt. Dagegen wollen v. Liszt § 102 und Scherling, Die Bekämpfung von Sklavenraub und Sklavenhandel (1897) 51 den allgemeinen Begriff des Unternehmens (§§ 105. 114) auch hier anwenden. Binding, Lehrb. 111 fordert eine von mehreren Personen ins Werk gesetzte Veranstaltung.

II. Ist der Menschenraub ein Spezialfall der Freiheitsberaubung, so ist er wie diese ein **Dauerdelikt**. So die herrschende Lehre. A. A. Binding, Lehrb. 108, Rubo 6. Vergl. §§ 67 II 74 V 5b.

III. **Idealkonkurrenz** ist insbesondere möglich mit den Delikten der §§ 223. 169 (E 10, 86). 235. S. o. I 3.

§ 235.

Wer eine minderjährige Person durch List, Drohung oder Gewalt ihren Eltern, ihrem Vormunde oder ihrem Pfleger entzieht, wird mit Gefängnis und, wenn die Handlung in der Absicht geschieht, die Person zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

I. Die Stelle ist neu redigiert durch EG z. BGB Art. 34.

II. **Objekt** des Kinderraubes ist eine minderjährige Person. Zugleich aber richtet sich das Delikt gegen die Eltern oder den Vormund oder den Pfleger, insofern diese berechtigt sind, über die Verhältnisse der minderjährigen Person zu verfügen. Daraus folgt, daß die Einwilligung der minderjährigen Person die Rechtswidrigkeit nicht beseitigt. Dagegen kann sie sich, weil sie immerhin Objekt des Delikts ist, einer strafbaren Teilnahme nicht schuldig machen. E 18, 273. 24, 133.

III. Die **Handlung** besteht in dem „Entziehen", d. h. in der thatsächlichen Lösung des elterlichen oder vormundschaftlichen Gewaltverhältnisses bezw. des Obhutsverhältnisses des Pflegers und in der thatsächlichen Begründung eines analogen andern. So die in der Theorie herrschende Lehre. Nach Binding, Lehrb. 115, Olsh. 1 u. E 18, 273. 24, 133 bedarf es keiner Begründung eines andern Gewaltverhältnisses. Dagegen mit Recht besonders Knitschky, GS 44, 300. In Konsequenz seiner Auffassung nimmt das RG an, daß des Delikts schuldig sei, wer die Flucht einer minderjährigen Person von ihren Eltern befördert.

Da die Begründung eines dem elterlichen oder vormundschaftlichen gleichen Verhältnisses zum Thatbestand gehört, so muß — was übrigens allgemein zugegeben wird — die Entziehung eine längere Zeit anhalten. Rechtlich endigt sie mit dem widerrechtlichen Gewaltverhältnis. Das Delikt ist also ein **Dauerdelikt**. E 15, 340. Die meisten weichen insofern ab, als sie die Entziehung erst dann endigen lassen, wenn das rechtmäßige Verhältnis wiederhergestellt ist.

Daß die minderjährige Person an einen andern Ort verbracht werde, gehört nicht um Begriffe des Entziehens.

IV. Über **List, Gewalt** und **Drohung** als Mittel der Entziehung s. die Verweisungen

Digitized by Google

bei § 234 I 2. Daß diese Mittel sich gerade gegen die minderjährige Person richten, ist auch hier nicht erforderlich. Abweichend Billnow, Arch. 24, 115. Subjektiv ist erforderlich, daß der Thäter die List usw. bewußt als Mittel anwendet. E 29, 199.

V. **Thäter** kann auch ein Elternteil sein, sofern er gegen die Rechte des andern handelt. E 22, 166. A. A. besonders Beling, Ztschr. 18, 288, auch Binding, Lehrb. 116.

VI. **Qualifiziert** ist der Kinderraub dann, wenn die Absicht vorhanden ist, die minderjährige Person zum Betteln oder zu gewinnsüchtigen oder unsittlichen Zwecken oder Beschäftigungen zu gebrauchen. Absicht bedeutet auch hier den erstrebten Erfolg.

VII. **Idealkonkurrenz** mit §§ 236. 237 ist möglich. E 18, 273.

VIII. Vergl. hierzu die § 120 II 1 erwähnten Landesgesetze.

§ 236.

Wer eine Frauensperson wider ihren Willen durch List, Drohung oder Gewalt entführt, um sie zur Unzucht zu bringen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn die Entführung begangen wurde, um die Entführte zur Ehe zu bringen, mit Gefängnis bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

I. **Objekt der Entführung** ist eine Frauensperson ohne Rücksicht auf ihren Ruf, ohne Rücksicht darauf, ob sie verheiratet oder ledig ist, ohne Rücksicht auch auf ihr Alter (vergl. jedoch § 237). A. A. in letzterer Beziehung v. Liszt § 104, der Mannbarkeit verlangt. Doch kann dieses Erfordernis aus dem geschlechtlichen Zwecke des Delikts um so weniger abgeleitet werden, als ja dessen Realisierung möglicherweise erst in ferner Zukunft eintreten soll.

II. Die **Handlung** besteht in einem „Entführen". Nicht nur nach dem Sprachgebrauche, sondern auch nach der historischen Tradition liegt in dem Begriffe das Erfordernis eines Verbringens an einen andern Ort. Abweichend v. Liszt § 104, Meyer 751. Deshalb begeht keine Entführung, wer etwa den Gewalthaber am Eintritt in die Räumlichkeiten verhindert, in denen sich das Mädchen befindet. Ebensowenig, wer die Eltern durch Täuschung zur Abreise bestimmt und mit dem Mädchen zurückbleibt. Es genügt aber nicht jede Veränderung des Aufenthaltsorts der Frauensperson, sondern es muß die Begründung eines thatsächlichen Herrschaftsverhältnisses über sie hinzukommen. Ähnlich E 6, 292. Gleichgiltig ist, ob die Kraft, mittels deren die Verbringung an einen andern Ort erfolgt, von dem Thäter selbst oder einem andern in Bewegung gesetzt wird. Es gehört also nicht nur hierher, wenn der Thäter die Frauensperson selbst wegträgt oder auf einem von ihm gelenkten Pferde oder Wagen an einen andern Ort bringt, sondern auch der weitere Fall, daß der Thäter die Frauensperson durch Täuschung bestimmt, in einen falschen Eisenbahnzug einzusteigen, oder daß er sie als Fußgängerin oder Reiterin irreführt. E 19, 159.

III. Die **Handlung** des Entführens muß erfolgen:

1. **wider den Willen** der Frauensperson. Die Einwilligung einer Unzurechnungsfähigen bleibt außer Betracht. v. Liszt § 104. Da aber das Bewußtsein, gegen den Willen der Frauensperson zu handeln, zum Thatbestande gehört, so kann bei objektiv vorliegender Einwilligung nur dann gestraft werden, wenn der Thäter die Unzurechnungsfähigkeit kannte. — Die Einwilligung der Eltern oder des Vormundes ist bedeutungslos;
2. durch **List, Drohung oder Gewalt.** S. darüber § 234 I 2. Diese Mittel müssen sich gegen die Entführte selbst richten, da die Handlung wider ihren Willen erfolgen muß.

IV. Zum **Dolus** gehört (außer dem Bewußtsein, gegen den Willen der Frauens-

Digitized by Google

person zu handeln) die Absicht, die Entführte zur Unzucht (schwerer Fall), oder die andere, sie zur Ehe zu bringen. Zur Unzucht gehört auch die widernatürliche. Gleichgiltig ist, ob schon früher ein unzüchtiges Verhältnis bestand. E 16, 391. Ebenso, ob die Ehe mit dem Thäter oder mit einem dritten eingegangen werden soll. Deshalb kann auch eine Frauensperson Thäterin sein. — Regelmäßig wird in der Theorie ein geschlechtlicher Zweck gefordert (auch E 16, 391) und das Delikt daher von manchen, z. B. v. Liszt und Meyer, unter die Delikte gegen die Sittlichkeit gestellt. Dies trifft indessen nicht notwendigerweise zu. Denn wenn auch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle mit der Ehe ein geschlechtlicher Zweck verbunden wird, so ist es doch immerhin denkbar, daß dies nicht zutrifft (Geldheirat).

V. **Antragsberechtigt** ist die Entführte.

VI. Die Entführung wird mit der herrschenden Lehre als ein **Dauerdelikt** angesehen werden müssen. Vergl. § 67 II, 74 V 5b.

VII. **Idealkonkurrenz** mit § 235 ist möglich. E 18, 273. Wird der verfolgte Zweck erreicht und begeht hierdurch der Thäter eine an sich strafbare Handlung, so ist ebenso wie im Falle des § 234 (vergl. das. I 3) Konsumtion anzunehmen. A. A. Olsh. 8, Loening 107.

§ 237.

Wer eine minderjährige, unverehelichte Frauensperson mit ihrem Willen, jedoch ohne Einwilligung ihrer Eltern, ihres Vormundes oder ihres Pflegers entführt, um sie zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen, wird mit Gefängnis bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

I. Die jetzige Fassung der Stelle beruht auf EG z. BGB Art. 34.

II. Der hier behandelte Fall der Entführung unterscheidet sich von dem des § 236
1. dadurch, daß die That **mit dem Willen der entführten Frauensperson** begangen wird;
2. dadurch, daß nur eine **minderjährige unverehelichte** Frauensperson Objekt sein kann. Eine verheiratete oder geschiedene oder verwitwete mithin selbst dann nicht, wenn sie minderjährig sein sollte.

Der Grund für die Strafbarkeit liegt darin, daß die Entführung **ohne Einwilligung der Eltern oder des Vormundes** erfolgt. Einwilligung liegt aber nicht schon in der Gestattung der Verbringung der Frauensperson an einen andern Ort, sie fordert vielmehr auch eine Gestattung der Unzucht oder der Ehe. Vergl. Olsh. 4. Anderseits ist gleichgiltig, ob die Einwilligung dem Thäter oder nur der Frauensperson erteilt ist. Auch dann liegt der Thatbestand nicht vor, wenn nur der eine Elternteil die Einwilligung erteilt hat, vorausgesetzt, daß gerade er der Erziehungsberechtigte ist.

III. **Schwierigkeiten macht gerade in diesem Falle der Begriff der Entführung.** Sicher ist einerseits, daß die Unterstützung der Flucht nicht unter das Gesetz fällt, und anderseits, daß nach der Lage der Verhältnisse die Frauensperson immer eine gewisse Mitwirkung entfalten wird. Demgemäß hat man zu fordern, daß die Frauensperson unter die Gewalt des Entführers gelange und zwar nicht erst mit dem weiteren Erfolge des Entführungsaktes, sondern schon durch die Entführung selbst. Bedenklich daher E 19, 159. Eben weil die Frauensperson immer Objekt der Entführung bleiben muß, kann sie nicht selbst als Teilnehmerin bestraft werden. Von Entführung kann man namentlich dann nicht sprechen, wenn die Frauensperson der betreibende Teil ist. So Olsh. 4.

IV. **List, Drohung oder Gewalt werden in diesem Falle nicht gefordert.**

V. Zum **Vorsatze** gehört das Bewußtsein, daß die Frauensperson minderjährig und unverheiratet sei und daß eine Einwilligung in dem unter I dargestellten Sinne nicht

Digitized by Google

vorliege. Die vielleicht berechtigte Annahme, daß nachträglich Eltern oder Vormund einverstanden sein werden, schließt den Dolus nicht aus.

Ferner erfordert der subjektive Thatbestand die **Absicht**, die Frauensperson zur Unzucht oder zur Ehe zu bringen. Die Strafbarkeit ist hier die gleiche, mag dieses oder jenes beabsichtigt sein.

VI. **Antragsberechtigt** ist nur der Gewalthaber, nicht die Frauensperson. So die herrschende Lehre. Abweichend Olsh. 7.

VII. **Idealkonkurrenz** mit § 235 ist möglich. E 18, 273.

§ 238.

Hat der Entführer die Entführte geheiratet, so findet die Verfolgung nur statt, nachdem die Ehe für nichtig erklärt worden ist.

I. Die jetzige Fassung beruht auf EG z. BGB Art. 34.

II. **Entführer** ist derjenige, der entführt, d. h. das Delikt der Entführung als Thäter oder Mitthäter begangen hat. Der Anstifter oder Gehilfe hat nach dem Sprachgebrauche des Gesetzes die Handlung nicht begangen, kann daher auch nicht als Entführer bezeichnet werden. Übereinstimmend Geyer in Holtzend. Handb. 2, 618. Die herrschende Lehre dagegen betrachtet jeden Teilnehmer als Entführer.

III. Sicher ist, daß, wenn der Entführer die Entführte vor Ablauf der Verjährung geheiratet hat, diese gemäß § 69 ruht. Im übrigen ist genau wie beim Ehebruche bestritten, ob die Nichtigkeitserklärung der Ehe als Bedingung der Strafbarkeit oder als Prozeßvoraussetzung oder als Thatbestandsmoment aufzufassen sei. Aber gerade hier tritt die Natur des Auflösungsurteils als einer Prozeßvoraussetzung schon in dem Wortlaute des Gesetzes klar zu Tage. Auch bezüglich der Antragsfrist besteht die gleiche Kontroverse wie beim Ehebruch. S. § 172.

§ 239.

Wer vorsätzlich und widerrechtlich einen Menschen einsperrt oder auf andere Weise des Gebrauches der persönlichen Freiheit beraubt, wird mit Gefängnis bestraft.

Wenn die Freiheitsentziehung über eine Woche gedauert hat, oder wenn eine schwere Körperverletzung des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrene Behandlung verursacht worden ist, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Monat ein.

Ist der Tod des der Freiheit Beraubten durch die Freiheitsentziehung oder die ihm während derselben widerfahrene Behandlung verursacht worden, so ist auf Zuchthaus nicht unter drei Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

I. **Objekt** der Freiheitsberaubung im engeren Sinne ist die Fähigkeit, den Willen zum Verlassen des Aufenthaltsorts zu bethätigen. Ähnlich Binding, Lehrb. 97. 98, dessen Fassung vor der anscheinend seit Hälschner üblich gewordenen (Objekt sei die Fähigkeit, den Willen zur Bewegung zu bethätigen oder frei den Aufenthaltsort zu bestimmen) den Vorzug verdient. Wer den Willen, den Aufenthaltsort zu verlassen, ohnehin nicht hat, kann seiner auch nicht beraubt werden. E 33, 234. Dennoch kann gegen einen sinnlos

Digitized by Google

Betrunkenen oder einen Schlafenden *insofern* Freiheitsberaubung begangen werden, als dem demnächst zum Bewußtsein Zurückgekehrten die Fähigkeit entzogen wird, seinen auf Verlassen des Aufenthaltsorts gerichteten Willen zu bethätigen. Eine Person, welche den Willen zum Verlassen des Aufenthaltsort durch Organe bethätigt (ein Gelähmter), kann der Freiheit durch Absperrung von diesem beraubt werden. Das Gleiche wird man für das Verhältnis der Mutter zum Wickelkind nicht behaupten dürfen, weil das letztere keinen Willen hat oder doch die Mutter nicht als sein Organ erscheint. In dieser Beziehung abweichend Binding a. a. O.

Der Aufenthaltsort kann auch eine bewegliche Sache, z. B. ein Wagen sein. E **25**, 147. A. A. Binding, Lehrb. 99. 100.

II. Als Mittel der Freiheitsberaubung wird die **Einsperrung**, d. h. die Festhaltung in einem umschlossenen Raume hervorgehoben. Ob die Festhaltung durch Verschließen der Ausgänge oder auf andere Weise, z. B. durch Besetzen derselben, erfolgt, ist gleichgiltig. Ein durch unmittelbare Einwirkung auf den Körper bewirktes Festhalten wird man dagegen nicht mehr als Einsperrung ansehen dürfen. Der Umstand, daß der Raum noch offene Ausgänge hat, steht dem Begriffe des Einsperrens nicht entgegen, sofern sie dem Internierten unbekannt sind. Das Gleiche gilt, wenn die Thür sich allerdings öffnen läßt, der Mechanismus aber dem Thäter unbekannt ist oder doch erst allmählich von ihm erkannt wird. R **8**, 128, E **27**, 360. (S. dagegen das sehr bedenkliche Urteil R 7, 657.) Ebensowenig wird der Begriff der Einsperrung dadurch beseitigt, daß ein dem Internierten bekannter Ausgang offen steht, aber nur mit Gefahr oder nur mittels eines Verstoßes gegen die Sitte (man denke sich als interniert eine Frauensperson und als Ausgang ein Fenster) benutzt werden kann. E 8, 210.

III. Außer durch Einsperrung kann die Freiheitsberaubung auch auf **andere Weise**, also durch jedes andere Mittel begangen werden. Ihrer Mehrzahl nach werden sich die unter die Begriffe der *Bemächtigung* und der *Entführung* wider Willen subsumieren lassen, so daß diese Delikte unter Ausschluß der Idealkonkurrenz als Spezialfälle der Freiheitsberaubung erscheinen und jede Bemächtigung oder Entführung, die nicht zu einem der in den §§ 234—236 angegebenen Zwecke erfolgt, sich als Freiheitsberaubung darstellt. S. z. B. E 17, 127 (Anbinden kleiner Knaben), **25**, 147 (der Fuhrmann fährt den Fahrgast in beschleunigtem Tempo über das verabredete Ziel hinaus). Desgleichen kommen *Betäubung* und hypnotische Suggestion in Betracht. Vergl. v. Lilienthal, Zschr. 7, 373. Aber auch durch rein psychische Beeinflussung eines wachen Menschen kann Freiheitsberaubung vorgenommen werden, z. B. dadurch, daß einem Badenden die Kleider weggenommen werden. Ebenso Meyer 507. Vergl. dagegen E **6**, 231 und Binding, Lehrb. 99, der ein mechanisches Hindernis fordert. Nicht minder im Wege der mittelbaren Thäterschaft, z. B. durch Täuschung eines Polizeibeamten, der nunmehr einen Unschuldigen verhaftet. E **13**, 426.

IV. Die **Widerrechtlichkeit** der Handlung wird besonders ausgeschlossen durch *Amtsbefugnisse* (vergl. § 113 III), durch erlaubte *Selbsthilfe* (BGB §§ 229 ff), durch *Notwehr*, durch die nach StPO § 127 auch Privaten zustehende *Befugnis* zur *Festnahme* oder durch ein *Züchtigungsrecht*. Bei bewußter Überschreitung dieser Rechte und Befugnisse ist Strafbarkeit begründet. E 17, 127.

Diese Sätze wären auch dann sicher, wenn das Gesetz das Moment der Widerrechtlichkeit nicht ausdrücklich hervorgehoben hätte. Es fragt sich daher, welche Bedeutung dieser Hervorhebung beizumessen ist. Entsprechend dem S. 10 a. E. Bemerkten wäre zunächst zu prüfen, ob sich außerhalb des StGB's eine Norm findet, welche die Rechtswidrigkeit der Freiheitsberaubung ausspricht. Diese Norm läßt sich aber auf Grund des BGB's § 823 nur in dem Sinne konstruieren, daß widerrechtlich jede Freiheitsberaubung ist, sofern sie nicht auf Grund besonderer Befugnis als gerechtfertigt erscheint. Vergl. Endemann 1 § 201. Will man also in der vorliegenden Stelle nicht einen überflüssigen Hinweis auf derartige Ausnahme sehen, so kann die Bedeutung der „Widerrechtlichkeit" nur in einem Hinweise auf die subjektive Seite, d. h. auf den **Vorsatz** gefunden werden.

Digitized by Google

Damit stimmt denn auch die herrschende Lehre überein, insofern sie behauptet, daß zum Vorsatze das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehöre. Vergl. S. 100. 101. Indessen geht das um einen Schritt zu weit. Sollte in der That jemand deshalb freigesprochen werden, weil er von der Annahme ausging, man „dürfe" schlechthin Menschen ihrer Freiheit berauben? Vielmehr wird sich nur sagen lassen: die, wenn auch auf Rechtsirrtum beruhende, Annahme einer besonderen Befugnis zur Freiheitsentziehung schließt den Dolus aus.

V. Wegen der **erschwerenden Umstände** s. § 59 II 3, VIII 2 und Vorbem. IV z. 16. Abschnitt. Über den Versuch der qualifizierten Fälle s. § 43 V.

VI. Die Freiheitsberaubung ist **Dauerdelikt.** Vergl. §§ 67 II. 74 V 5. So die herrschende Lehre. A. A. Binding 1, 543.

VII. **Qualifizierte Fälle** (außer Abs. 2 u. 3) s. §§ 341. 345.

VIII. **Idealkonkurrenz** mit den Delikten, die schon an sich ein gewisses Maß von Freiheitsberaubung erfordern, z. B. Raub, Erpressung, Notzucht, ist wegen Subsidarität insofern ausgeschlossen, als die zum Thatbestande dieser Verbrechen notwendig gehörige Freiheitsberaubung nicht auch benutzt werden darf, um ein unter § 239 fallendes Delikt zu konstruieren. Wenn aber die herrschende Lehre (vergl. Olsh. 12) annimmt, daß mit derartigen Delikten Idealkonkurrenz schlechthin ausgeschlossen sei, so trifft das nicht ganz zu. Wer eine Frauensperson gefangen hält und sie unter Benutzung der Schwäche, die sie durch die Einsperrung befallen hat, geschlechtlich mißbraucht, begeht Freiheitsberaubung und Schändung in Idealkonkurrenz. Außerdem ist Idealkonkurrenz namentlich mit Körperverletzung (E 25, 147) und Widerstand gegen die Staatsgewalt oder auch mit falscher Anzeige möglich. Wegen des Verhältnisses zu § 240 s. das. VI.

§ 240.

Wer einen Anderen widerrechtlich durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. **Das Wesen der Nötigung im allgemeinen.** — Wie die systematische Stellung beweist, ist die Nötigung deshalb strafbar, weil sie eine widerrechtliche Beeinträchtigung der Freiheit enthält. Daraus folgt, daß es der Strafbarkeit nicht entgegensteht, wenn der Thäter einen Anspruch auf das erzwungene Verhalten hat. Das die Strafbarkeit begründende Moment liegt bei der Nötigung nicht in der Absicht, die der Handelnde verfolgt, sondern in dem Mittel, dessen er sich bedient, während umgekehrt bei der Erpressung (§ 253) die Strafbarkeit durch die Absicht begründet wird. Allerdings kann auch bei der Nötigung die Absicht des Thäters von Bedeutung sein, insofern sie die Widerrechtlichkeit des Mittels und damit den Thatbestand des Delikts im ganzen beseitigt. Wird nämlich zum Schutze eines Rechtsguts oder eines Anspruchs gehandelt, so kann wegen Notwehr, Notstands oder berechtigter Selbsthilfe die Widerrechtlichkeit der Gewalt entfallen und aus den gleichen Gründen die Handlung, mit der gedroht wird, kein Verbrechen oder Vergehen sein. Ebenso kann bei Drohung mit Mitteilung gewisser Thatsachen an einen dritten (Aufnahme in die „schwarze Liste", um einen säumigen Schuldner zur Zahlung zu veranlassen) der Thatbestand der Beleidigung wegen § 193 entfallen. Vergl. dazu E 32, 391. 33, 248.

Mit der vertretenen prinzipiellen Auffassung der Nötigung stimmt die herrschende Lehre überein. E 1, 5. 2, 184, 286. 12, 194. Olsh. 11, Binding, Lehrb. 91, im wesentlichen auch Goldschmidt, Die Strafbarkeit der widerrechtlichen Nötigung (1897) 13 ff.,

Digitized by Google

v. Liszt § 100, Stern, Über das Verhältnis zwischen Nötigung und Erpressung (1901) 74 ff. Doch nehmen die drei letzteren Schriftsteller an, daß die Widerrechtlichkeit auch in der Absicht begründet sein könne. A. A. besonders John, Ztschr. 1, 222 ff. Er behauptet, daß, wenn jemand ein Anspruch auf das betr. Verhalten hat, er sich nicht strafbar mache, wenn er es durch Gewalt oder Drohung usw. erzwinge. Gegen ihn spricht nicht nur der Wortlaut des RStGB's, sondern auch der der älteren deutschen Strafgesetzbücher, mit denen man erwiesenermaßen (Hill, Der subsidiäre Charakter der Nötigung [1895] 48) Übereinstimmung erzielen wollte.

II. **Mittel der Nötigung** können sein:

1. **Gewalt**, S. § 52 I 1. Da das Gesetz nicht unterscheidet, so sind gleichmäßig vis absoluta und vis compulsiva für ausreichend zu erachten. Ebenso besonders Meyer 503, Olsh. 4. Nur vis comp. rechnet hierher Oppenh.-Del. 1 (dagegen E 2, 184. R 7, 545), nur vis abs. Hälschner 2, 121, John Ztschr. 1, 244. — Im übrigen wird jetzt nahezu einstimmig angenommen, daß die Gewalt eine solche gegen die Person sein müsse. Zwar genüge eine unmittelbar gegen Sachen gerichtete Gewalt, doch müsse diese mittelbar gegen die Person wirken, d. h. ihr physisch fühlbar sein. Daher wurde das Ausheben von Thüren und Fenstern der Mietswohnung als Gewaltanwendung gegen eine Person angesehen, weil der Mieter dadurch der Zugluft ausgesetzt wurde; nicht aber das einfache Wegnehmen von Handwerkszeug (um den Mieter zum Verlassen der Wohnung zu nötigen), ebensowenig das Wegnehmen eines Sackes Getreide (um den Fuhrmann zur Zahlung des Fährgeldes zu nötigen). 3, 179. 7, 269. 20, 354. Indessen ist aus dem Wesen der Nötigung diese Beschränkung des Begriffs der Gewalt trotz Olsh. 5 nicht zu entnehmen. Auch spricht der Wortlaut des § 253, verglichen mit § 255, entschieden gegen die herrschende Lehre. — Daß Gewalt gegen dritte Personen genügt, erkennt E 17, 82 an.
2. **Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen.** — Bedrohung mit einer Übertretung genügt nicht. Die Bedrohung muß dem zu Nötigenden zur Kenntnis kommen, denn nur unter dieser Voraussetzung kann sie ihn beeinflussen. Im übrigen ist es gemäß dem Begriffe der Drohung (§ 48 II 1a) gleichgiltig, ob der Nötiger damit droht, daß er selbst oder ein dritter das Verbrechen oder Vergehen verüben werde, „vorausgesetzt nur, daß die That so hingestellt wird, als ob sie auf Veranlassung oder unter dem Einflusse des Drohenden vollführt werde". E 27, 307. Gleichgiltig ist ferner, ob sich die strafbare Handlung gegen den Genötigten oder gegen irgend eine dritte Person richten soll, und endlich kommt es nicht darauf an, ob sie, sei es durch Worte oder durch Gesten, genau bezeichnet oder nur angedeutet wird. Immer aber ist erforderlich, daß die angekündigte Handlung sich rechtlich als ein Verbrechen oder Vergehen darstellt. Vergl. dazu oben I und speziell wegen der dort erwähnten Fälle des Drohens mit „Beleidigung" E 6, 405. 10, 361.

III. **Das erzwungene Verhalten kann in einem Handeln, Dulden oder Unterlassen bestehen.** Ob der Genötigte den Willen hatte, ein anderes Verhalten einzuschlagen, ist unerheblich. Darum kann namentlich die Handlung auch gegen eine bewußtlose Person begangen werden. A. A. müssen alle diejenigen sein, die mit der in der Theorie herrschenden Lehre in der Nötigung nur ein Delikt gegen die Freiheit der Willensbethätigung sehen. (Binding, Normen 2, 525 ff., Geyer in Holtzend. Handb. 3, 568, Olsh. 3; dagegen E 2, 184. 13, 49, Urteile, nach denen sich das Delikt gleichzeitig gegen die Freiheit der Willensentschließung richtet. Ebenso Stern a. a. O. 98. Vergl auch Kintschky, GS 44, 264). — Was speziell das Dulden betrifft, so ist es gleichgiltig, ob das geduldete Verhalten von dem Nötiger oder von einer dritten Person vorgenommen wird. — Daß das erzwungene Verhalten ein strafbares wäre (s. über diese Fälle u. VI a. E.) gehört nicht zum Thatbestande. Vielmehr wird umgekehrt der Thatbestand der Nötigung an sich auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß der Thäter den andern zu einem dem Rechte entsprechenden Verhalten nötigt, z. B. von einer widerrechtlichen oder un-

Digitized by Google

sittlichen Handlung abhält. Insbesondere fällt auch das gewaltsame Abhalten vom Selbstmord unter das Gesetz. Freilich kann es sein, daß in derartigen Fällen die Widerrechtlichkeit der Gewalt entfällt oder die angedrohte Handlung aufhört, ein Verbrechen oder Vergehen zu sein. (Notwehr, Erziehungsrecht u. dgl. s. o. I.) Ebenso die herrschende Lehre.

IV. **Vollendet ist die Nötigung mit dem Eintritt der erzwungenen Handlung, Duldung oder Unterlassung.** Dabei wird vorausgesetzt, daß zwischen der Gewalt oder Bedrohung einerseits und der Handlung usw. anderseits Kausalzusammenhang besteht. Vollzieht z. B. der Bedrohte die angesonnene Handlung, aber nicht aus Furcht vor der Drohung, sondern vielleicht aus Mitleid, so liegt nur versuchte Nötigung vor. Daraus ergiebt sich aber, daß vollendete Nötigung nur dann gegeben ist, wenn der Bedrohte die Drohung als eine **ernstlich gemeinte** ansieht. S. V.

V. Der **Dolus** fordert insbesondere die Vorstellung, daß der „andere" unter dem Drucke der Drohung oder Gewalt ein bestimmtes Verhalten einschlagen werde. Eine entsprechende Absicht verlangt das Gesetz nicht, obgleich dies prinzipiell wohl am richtigsten wäre.

Speziell den Fall der Nötigung durch Gewalt betreffend, so muß der Thäter das Bewußtsein der Widerrechtlichkeit der Gewaltanwendung haben. Dagegen kann bei Bedrohung nicht gefordert werden, daß er die Qualität der angedrohten Handlung als einer strafbaren, geschweige denn als eines Verbrechens oder Vergehens kenne (vergl. die ähnliche Frage bei § 49a V 2). Auch braucht die Bedrohung keineswegs ernstlich gemeint zu sein. Es genügt die — wenn auch irrtümliche — Annahme, daß der Bedrohte sie für ernstlich gemeint halten werde. Ebenso Olsh. 9.

VI. Was die Möglichkeit einer **Idealkonkurrenz** betrifft, so bildet die Nötigung zweifellos das Gattungsdelikt gegenüber solchen Deliktsthatbeständen, in welchen der der Nötigung enthalten, dabei aber das Verhalten, zu dem genötigt wird, oder auch die Art und Weise der Nötigung näher bezeichnet ist. Z. B. §§ 105—107. 114. 122. 167. 176. Nr. 1 u. 2. 249, Seemannsordnung § 103, GO § 153. (Über letztere Stelle vergl. besonders E. Loening i. d. Verhandlungen d. Vereins f. Sozialpolitik [1898] und Hugo Heinemann i. d. Festgabe der Rechtsanwaltschaft .. für Wilke [1900]). Zwischen diesen Delikten und Nötigung kann selbstverständlich keine Idealkonkurrenz stattfinden. Steht die Thatsache der Gewaltanwendung oder Bedrohung fest, während es unaufgeklärt bleibt, zu welchem Verhalten der Thäter nötigen wollte (die Frauensperson berauben, geschlechtlich mißbrauchen?), so ist aus § 240 jedenfalls dann zu verurteilen, wenn dieses Gesetz das mildere ist. Vergl. Stern a. a. O. 100. 101, E 1, 73 und oben S. 103 Abs. 2.

Außerdem bildet die Nötigung das Gattungsdelikt gegenüber den andern Delikten des 18. Abschnittes. Ebenso Geyer in Holtzend. Handb. 3, 568, Binding, Lehrb. 88, besonders aber Hill, Der subsidiäre Charakter der Nötigung (1895). Diejenige Gewalt, welche zum Thatbestande eines andern Freiheitsdelikts gehört, kann also nicht dazu benutzt werden, um gleichzeitig das Delikt der Nötigung und damit Idealkonkurrenz zu konstruieren. In diesem Sinne schließt E 25, 117 Idealkonkurrenz zwischen Freiheitsberaubung und Nötigung aus. Nicht zu billigen 32, 301, nach welchem Urteil Idealkonkurrenz zwischen diesen Delikten schon dann vorliegt, wenn der Eingesperrte durch die Freiheitsbeaubung zu einem bestimmten Verhalten genötigt werden soll. Dagegen auch Binding, Lehrb. 101.

Endlich hat Hill a. a. O. aus logischen Gründen, sowie aus der historischen Entwicklung überzeugend nachgewiesen, daß die Nötigung gegenüber allen denjenigen Delikten zurücktritt, die begrifflich oder normalerweise nur mittels Gewalt begangen werden können, z. B. gegenüber Tötung und Körperverletzung. Ebenso schon Geyer in Holtzendorffs Rechtslexikon 2, 901 ff. und Binding 1, 364. A. A. Olsh. 14, Meyer 506. Allerdings ist die Einschränkung hinzuzufügen, daß mit diesen Delikten Nötigung idee llkonkurrieren kann, wenn die mit Gewalt angegangene Person noch zu etwas anderm als zum Erdulden

Digitized by Google

der Körperverletzung oder Tötung genötigt werden sollte. In diesem Sinne ist E 33, 339 beizutreten.

Ist das Verhalten, zu dem der Genötigte bestimmt wird, eine strafbare Handlung, so erscheint der Nötiger je nach der Intensität der Nötigung als Anstifter oder als mittelbarer Thäter (vergl. § 48 II). Wenn Hill annimmt, daß auch in diesem Falle § 240 nicht konkurriere, so betont er den subsidiären Charakter der Nötigung wohl zu stark. Denn in der Bestrafung des Nötigers wegen des äußerlich durch den Genötigten begangenen Delikts kommt die Beeinträchtigung der Freiheit nicht zum Ausdrucke. — Die Angriffe Bindings, Lehrb. 88 und anderer gegen die Ausführungen Hills richten sich mehr gegen den Ausdruck „Subsidiarität", als gegen die Sache, und jedenfalls bleibt Hill das Verdienst, auf die Bedeutung der Frage zuerst eingehend hingewiesen zu haben.

VII. Über die Frage, ob landesrechtlich das Gebiet der strafbaren Nötigung weiter erstreckt werden kann, als es das Reichsrecht thut, s. Buchka, DJZ v. 15./7 1900. Vgl. dazu E 34, 121 (Streikpostenstehen).

VIII. Vgl. das Beamtendelikt des § 339.

§ 241.

Wer einen Anderen mit der Begehung eines Verbrechens bedroht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

I. Die **Bedrohung** wird vom Gesetze unter Strafe gestellt, weil sie geeignet ist, den Rechtsfrieden eines andern im subjektiven Sinne (vergl. § 126) zu beeinträchtigen. Da das StGB eine besondere Gruppe der Delikte gegen den Rechtsfrieden nicht kennt, die Störung des letzteren aber leicht die Freiheit der Willensbethätigung beeinflussen kann, so hat es das Delikt schlecht und recht bei den Freiheitsdelikten untergebracht. S. über die verschiedenen systematischen Auffassungen besonders Goehrs, Ztschr. 19, 479 ff., derf., Der Rechtsfrieden (1900) 65 ff. Binding, Lehrb. 102. 103. Im Einzelfalle wird weder eine Beeinträchtigung des Rechtsfriedens noch der persönlichen Freiheit gefordert. Das Gesetz geht vielmehr davon aus, daß sie in der Bedrohung mit einem Verbrechen (im Sinne des § 1) unter allen Umständen zu finden sei. Unerheblich ist es demnach, wenn in concreto der Bedrohte die Drohung gar nicht für ernst ansah. Anderseits gehört auch nicht zum Thatbestande, daß sie ernst gemeint war, wohl aber die, wenn auch irrige Annahme, daß sie von dem andern als ernstlich gemeint angesehen werde. E 4, 10. 32, 102. (In letzterer Beziehung a. A. Binding, Lehrb. 104). Alle diese Erfordernisse können auch bei einer bedingten Drohung zutreffen (wenn du dies oder jenes thust, so schlage ich dich tot), sowie auch bei einer solchen, die wörtlich gar nicht ausgeführt werden kann. Vergl. R 8, 342, E 20, 180.

II. Einzelnes:

1. Über den Begriff der Drohung s. § 48 II 1a. Der der Bedrohung stimmt hiermit wesentlich überein, mit dem Unterschiede jedoch, daß das angedrohte Übel gerade die Person treffen soll, an welche sich die Drohung richtet. Man wird es indessen mit der herrschenden Lehre als genügend ansehen dürfen, wenn dem Bedrohten durch das Verbrechen ein mittelbarer Schaden entstehen würde. Z. B. Drohung mit der Tötung der Ehefrau des andern. A. A. Göhrs, Der Rechtsfrieden 143, Meyer 617, Binding, Lehrb. 104. Im übrigen ist es gleichgiltig, ob der Drohende selbst oder ein dritter das Verbrechen begehen soll, sofern sich nur der Drohende einen Einfluß auf das Verhalten des dritten zuschreibt; ebenso, ob die Drohung schriftlich oder mündlich oder durch konkludente Handlung erfolgt.
2. Der Thäter muß mit der Begehung eines Verbrechens im technischen Sinne (§ 1) bedrohen. Dabei wird mit der herrschenden Lehre anzunehmen sein, daß hier

Digitized by Google

besondere persönliche Momente (jugendliches Alter und Rückfälligkeit) ohne Betracht bleiben. A. A. Geyer in Holtzend. Handb. 3, 585.

3. Zum Vorsatze des Thäters gehört nicht das Bewußtsein, daß sich die angedrohte Handlung als Verbrechen darstellt. Vergl. § 240 V und im übrigen wegen des Vorsatzes oben I. Verbindet sich mit der Drohung der Vorsatz der Nötigung, so geht das Delikt in dieses letztere über.

Neunzehnter Abschnitt.

Diebstahl und Unterschlagung.

§ 242.

Wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. **Objekt des Diebstahls** ist eine (bewegliche, in fremdem Eigentum und Gewahrsam stehende) **Sache.** Auf den Aggregatzustand kommt es nicht an. Daher können auch Gas und Wasser gestohlen werden. E 11, 117; 14, 121. Nicht aber ein lebender Mensch, weil er keine Sache ist. Über Diebstahl an Leichen s. u. III 2d. Ebensowenig ist eine Kraft, z. B. Elektrizität, stehlbar. Nachdem diese früher sehr bestrittene Frage von E 32, 165 in dem hier (schon in der 1. Aufl.) vertretenen Sinne entschieden worden war, ist das Gesetz betr. die Entziehung der elektrischen Arbeit v. 9./4 1900 erlassen worden. Kritische Prüfung der älteren Ansichten unter eingehender Berücksichtigung des naturwissenschaftlichen Standpunktes bei Kohlrausch, Ztschr. 20, 459 ff., vergl. auch Binding, Lehrb. 258 ff. Anderseits ist es unerheblich, ob die Sache einen Wert hat oder nicht. Vergl. Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände (1893). A. A. John, Ztschr. 1, 266, Dörr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen (1897). Da aber die Annahme, daß der Berechtigte gegen die Wegnahme nichts einzuwenden habe, den Dolus ausschließt, so wird es bei der Wegnahme wertloser Gegenstände meist an dem subjektiven Thatbestande fehlen. — Über „privilegierte" Sachen s. u. XI.

II. **Die Sache muß eine bewegliche sein.** Der Umstand, daß sie erst durch den Dieb zu einer beweglichen gemacht wird, steht nicht entgegen. Z. B. Wegnahme einer in einem Hause festgemauerten Statue oder Abmähen fremder Frucht (s. jedoch EG § 2), E 5, 42. Abpflügen ist dagegen kein Diebstahl; vergl. § 370 Nr. 1.

III. **Ferner wird erfordert, daß die Sache für den Thäter eine fremde sei,** d. h. in fremdem Eigentum stehe. Ob sie das ist, muß nach bürgerlichem Rechte geprüft werden, ein „kriminalistisches" Eigentum giebt es nicht. **Nicht Objekte des Diebstahls sind demnach:**

1. **die im Eigentum des Thäters stehenden Sachen.** Bloßes Miteigentum des Thäters schließt die Möglichkeit eines Diebstahls nicht aus; denn da ihm nur ein ideeller Anteil der Sache gehört, so ist sie im übrigen für ihn eine fremde. E 4, 83, R 6, 239. Vergl. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 636. Dies gilt erst recht für die Fälle des Miteigentums zu gesamter Hand. — Über die Frage, ob bei irrtümlicher Annahme, daß die Sache eine fremde sei, Versuch vorliegt, s. § 43 I 3;
2. **herrenlose Sachen,** d. h. in niemandes Eigentum stehende. Dabei ist es gleichgiltig, ob die Sache aus rechtlichen oder thatsächlichen Gründen ohne Eigentümer ist. Hervorzuheben sind folgende Punkte:

Digitized by Google

a. Zu diesen Tieren, die in natürlicher Freiheit leben, gehören Bienen, die Bienen im Bienenstock sind, wenn sie nicht ausgeflogen sind, d. h. wenn das nach Lage der Verhältnisse vermutlich der Fall ist. Tauben, die auf den Boden der Taube zum Nisten zurückkehren, werden nicht dadurch frei, daß sie den Flug verlernen. Es kommt dann auf die Absicht an, mit der sie nach Ausbleiben in den Schlag gebracht werden. Eine Aneignung liegt aber nicht vor in dem Schießen des Vogels, wenn schon in dem Fangen in einem Netze, durch welches Fangen zum Zwecke der Verhinderung des Entfliegens, nicht aber zum Zwecke der Aneignung erfolgt. S. meine S. z. Hand. Der Kanarienvogel, der sich in seinem Käfig befindet, ist nicht frei, auch wenn er sich in dem Käfig befindende Vögel, welche zum Verkauf bestimmt sind, mit Futter versieht. Eine Ausnahme kann aber nur in dem Falle gemacht werden, wenn der Vogel sich in einem Käfig befindet, welcher nicht zum Verkauf bestimmt ist. — Über die Aneignung von Tauben, die sich in fremden Taubenschlägen niedergelassen haben, vgl. Bergl. Ann. § 74 V 4. Die Frage, ob die Schonzeit dem Eigentumserwerbe entgegensteht oder nicht, hängt davon ab, ob während ihrer Dauer nur das Töten oder auch das Einfangen des Tiers verboten ist. Vergl. einerseits Biermann, Das Sachenrecht des BGB. (1909) zu BGB § 958, anderseits Cosack 2, 131. Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgiebt. BGB § 960. Das Gleiche gilt für den ausziehenden Bienenschwarm. BGB § 961. — Hinsichtlich der jagdbaren wilden Tiere und der Fische bleibt übrigens nach EG z. BGB Art. 69 das Landesrecht grundsätzlich in Kraft.

α. Wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen oder andern geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos. BGB. § 960. Ein eingehegtes Revier ist aber noch kein Tiergarten. Mathias, Lehrb. d. bürgerl. Rechts § 25. Auch die vor dem BGB herrschend gewordene Praxis (E 8, 278. 26, 218) nahm an, daß nicht schon bei jeder Umhegung Okkupation vorliege. Die Grenze ist allerdings schwer zu ziehen. Zunächst gehört zum Begriffe des Tiergartens ein umschlossener Raum, der vorzugsweise zum Halten von Tieren bestimmt ist. Aber das genügt nicht; vielmehr ist zu fordern, daß der Raum so klein sei, daß der Besitzer den Herrschaftswillen ohne längeres Suchen nach dem Tier bethätigen kann. Ähnlich Rotering, GS 35, 364, derf., Besitz und Gewahrsam (1901) 27. — Daß in Käfigen oder Ketten gehaltene Tiere und Fische oder Krebse in Kästen oder Reußen im Eigentum stehen, ist zweifellos.

β. Bei Fang des wilden Tieres in dazu aufgestellten Netzen, Schlingen oder Fallen ist die Aneignung bewirkt, sobald sich das Tier verfangen hat, auch ohne daß der Berechtigte etwas davon weiß. Denn das BGB fordert § 854 zum Besitzerwerb nur die Erlangung der thatsächlichen Gewalt. Cosack 2, 68, Mathias a. a. O. § 3, Endemann 2 § 34. Vergl. auch E 32, 161.

γ. Gezähmte Tiere (animalia quorum natura fera est, die aber ohne besondere Schutzmaßregeln gehalten werden) werden herrenlos, wenn sie die Gewohnheit ablegen, an den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren. BGB § 960.

Digitized by Google

Die landesrechtlich vielfach gewährte Aneignungsbefugnis von fremden Tauben, die im Freien betroffen werden, wird vom BGB nicht berührt. EG z. BGB Art. 130. Im übrigen gewährt BGB § 228 ein Schutzrecht gegen Tiere aller Art, jedoch keineswegs eine Aneignungsbefugnis.

δ. Zahme Tiere werden dadurch, daß sie sich dem Gewahrsam entziehen, nicht herrenlos (z. B. ein entlaufener Stier).

c) Dem Gottesdienste geweihte Sachen stehen nach heutigem Rechte im Eigentum der Kirche.

d) Auch an Leichen und Leichenteilen ist heute Eigentum möglich, nämlich dann, wenn sie der Beisetzung oder Verbrennung entzogen sind; z. B. Leichen in Museen oder Anatomieen. Abweichend Merkel in Holtzend. Handb. 3, 633, Cramer, Die Behandlung d. menschl. Leichnams (1885), Schultheis, Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschl. Leichnam (1888). Vergl. §§ 168. 367 Nr. 1.

e) Teile des menschlichen Körpers, z. B. Haare, werden zu Sachen erst durch ihre Trennung vom Körper. Es besteht aber kein Rechtssatz, auf Grund dessen sich behaupten ließe, daß sie durch die Trennung ohne weiteres in das Eigentum desjenigen übergehen, zu dessen Körper sie gehört haben. Deshalb kann das Zopfabschneiden nicht als Diebstahl bestraft werden. Vergl. § 223. A. A. in dieser Beziehung die meisten, vergl. Mittelstein, Arch. 34, 176, Olsh. 6, Binding, Lehrb. 258.

f) Mineralien stehen gemäß BGB § 905 im Eigentum dessen, dem das Grundstück gehört, es sei denn, daß das nach EG z. BGB Art. 67 aufrecht erhaltene Bergrecht etwas anderes bestimmt. Ist aber das Mineral kraft Landesrechts herrenlos, so ist seine widerrechtliche Aneignung auch vielfach landesrechtlich strafbar. Vergl. übrigens § 370 Nr. 2.

g) Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgiebt (Dereliktion). BGB § 959. Die Absicht wird regelmäßig aus den Umständen zu folgern sein. Bei den einer Leiche mit ins Grab gegebenen Sachen ist im Zweifel die Absicht wohl die, daß auf das Eigentum erst später (bei der Zerstörung des Grabes) verzichtet werden soll. In der Zwischenzeit ist also Diebstahl möglich. So im wesentlichen die herrschende Lehre, indem sie im Zweifel die Dereliktion verneint. Bejaht wird sie dagegen von Dickel, Der Thatbestand des Diebstahls (1877) 25, Binding, Normen 2, 553.

IV. **Die Sache muß ferner in fremdem Gewahrsam stehen.** Das Gesetz sagt das zwar nicht ausdrücklich, es folgt aber daraus, daß die Handlung in einem Wegnehmen besteht. Demgemäß hat die Interpretation von dem Begriffe des Wegnehmens auszugehen und ist zunächst zu sagen: im Gewahrsame jemandes steht eine Sache, so lange als sie ihm weggenommen werden kann. Der Gewahrsam erscheint somit als ein rein thatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache. Die Art und Weise der Herrschaftsausübung aber wird in erster Linie durch die Beschaffenheit und die wirtschaftliche Natur der Sache bestimmt. Eine thatsächliche Herrschaft über eine Sache kann nur der ausüben, dem sie zugänglich ist. Aber auch das Maß der Zugänglichkeit hängt von der Beschaffenheit und wirtschaftlichen Natur, nicht minder von der Gepflogenheit des täglichen Lebens ab. Das letztere will sagen: eine Lockerung der Beziehungen zu einer Sache rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß der Gewahrsam an ihr verloren sei, wenn sie immerhin so gewahrt wird, wie man seine Sachen zu wahren pflegt. Nicht nur steht in meinem Gewahrsam, was ich unmittelbar unter meiner Hand habe, sondern auch das Mobiliar in meiner Wohnung, selbst wenn ich verreist bin. Der Fuhrmann hat Gewahrsam an seinem Wagen, auch wenn er selbst sich im Wirtshause befindet, während der Wagen ausgespannt auf der Straße steht. Ebenso der Landmann an seinem Pfluge, den er über Nacht auf dem Felde läßt; der Reisende an dem Koffer, den der in seiner Nähe gehende

Digitized by Google

Dienstmann trägt; der Kaufmann an Waren, die er Kunden zur Besichtigung in die Hand giebt.

Die Frage, ob zum Gewahrsam ein Herrschaftswille gehört, ist zu bejahen. Man kann nicht sagen, daß eine Sache demjenigen weggenommen werde, der sie in seiner thatsächlichen Verfügungsgewalt hat, eine solche aber nicht ausüben will. Der Überzieher, den ein Besucher an den Garderobehalter meines Hausflurs hängt, wird nicht mir, sondern ihm weggenommen.*) Ebenso die herrschende Lehre, vergl. Binding, Lehrb. 286, Olsh. 16. A. A. Römpler, Der Begriff des Gewahrsams im Civil- und Strafrecht (1894). — Gehört aber zum Gewahrsam ein bestimmter Wille, so gehört auch grundsätzlich ein Wissen dazu. Eine Sache, von der ich nichts weiß, steht grundsätzlich nicht in meinem Gewahrsam. Wohl aber kann mein Gewahrsam an einer Sache von selbst andere Sachen mitergreifen, die in gewisse Beziehungen zu ihr treten, auch ohne daß ich in concreto das Vorhandensein dieser Beziehungen kenne. So erstreckt sich z. B. der Gewahrsam an dem Briefkasten auf alle darin befindlichen Briefe, der Gewahrsam an der Wohnung auf die darin für den Gewahrsamsinhaber abgegebenen Sachen. Uebereinstimmend im Ergebnis die herrschende Lehre, s. bes. E 30, 88.

Dies vorausgesandt, läßt sich der Gewahrsam bestimmen als das thatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, vermöge dessen die Sache der Person derartig zugänglich ist, daß diese ihren Herrschaftswillen über sie in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu bethätigen vermag. Auf die Gewohnheit des täglichen Lebens legt (wie schon die 1. Aufl. dieses Kommentars) besonderes Gewicht Endemann 2 §§ 33. 36.

Der Begriff des Gewahrsams fällt somit nicht mit dem Besitze im Sinne des bürgerlichen Rechts zusammen, sondern ist ein spezifisch strafrechtlicher. E 30, 88. 34, 252, v. Bülow, Arch. 45, 321 ff., Lobe, Über d. Einfluß des BGB's a. d. Strafrecht (1898) 16 ff., Endemann 2 § 38. Der Unterschied liegt im wesentlichen darin, daß Besitz ohne thatsächliche Herrschaft bestehen kann, nicht aber der Gewahrsam. Dies wird gegenüber dem BGB in folgenden Beziehungen praktisch:

1. Der mittelbare Besitzer hat zwar Besitz, aber keinen Gewahrsam.
2. Der Besitzdiener (Gesinde, Verkäufer) hat zwar Gewahrsam, aber keinen Besitz. BGB § 855.
3. Der Besitz geht ohne weiteres auf den Erben über, nicht aber der Gewahrsam. BGB § 857. Daher sind Nachlaßsachen so lange ohne Gewahrsam, bis sich ihrer jemand bemächtigt hat. Vergl. Többen, Diebstahl an Erbschaftssachen (1893) und E 10, 257. 34, 252. A. A. für gewisse Fälle Römpler, Der Begriff des Gewahrsams (1894).

Ein Mitgewahrsam verschiedener Personen ist denkbar, sowohl dann, wenn die mehreren Personen koordiniert nebeneinander stehen (z. B. die Inhaber einer offenen Handelsgesellschaft), als auch dann, wenn sich die eine bei der Ausübung ihres Gewahrsams dem Willen der andern unterordnen muß. Bei Fällen der letzteren Art handelt es sich vorwiegend um den Mitgewahrsam eines Besitzdieners. Zwar darf daraus, daß dieser keinen Besitz hat, nicht ohne weiteres auf den fortdauernden Gewahrsam des Besitzherrn geschlossen werden. Ausschlaggebend ist aber, daß trotz eines Besitzdieners die Sache dem Besitzherrn noch immer in dem der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Maße zugänglich bleiben kann. Trifft dies zu, so hat er neben dem Besitzdiener Mitgewahrsam, trifft es nicht zu, so hat den Gewahrsam lediglich der letztere, z. B. das Dienstmädchen, dem Sachen zum Verschluß in seinen Koffer übergeben sind. Die Mittelsperson vermag den Gewahrsam der übergeordneten Person zu brechen und somit trotz ihres eigenen Gewahrsams einen Diebstahl zu begehen. In diesem Verhältnis befinden sich regelmäßig Herrschaft und Gesinde, Prinzipal und Verkäufer. E 2, 1. 21, 16. 30, 88, R 7, 302. Ebenso liegt die Sache bei Mietsverhältnissen, wenn der Vermieter die Möglichkeit der unmittelbaren Herrschaftsausübung über die vermietete Sache hat. Dies wird allerdings

Digitized by Google

nur ausnahmsweise zutreffen, nämlich dann, wenn dem Vermieter der Zutritt regelmäßig offensteht; z. B. bei einer Studentenwohnung, die von der Hauswirtin oder deren Dienstmädchen gereinigt wird, oder bei einem Hotelzimmer. Das RG hat in den seiner Entscheidung unterstellten Fällen stets den Gewahrsam des Vermieters verneint. E 3, 358. 5, 42, R 2, 284 Hiergegen Olsh. 19. Bei den von Binding, Lehrb. 287 sog. Gehilfen zum Besitz (die er nicht mit den Besitzdienern des BGB's indentifiziert wissen will) wird mit Binding überhaupt kein Gewahrsam anzunehmen sein. Er versteht darunter Personen, die, ohne mit der Sache zu manipulieren, nur darüber zu wachen haben, daß sie der Herrschaftssphäre eines dritten nicht entzogen werden, z. B. die Bediensteten eines Hotels bzgl. der von den Reisenden vor die Zimmer gestellten Koffer oder Wächter aller Art. Jedenfalls ist für sie die Sache ein Objekt des Diebstahls. — Über Gewahrsam am Inhalte hinterlegter verschlossener Behältnisse s. § 243 III a. E.

Am ausführlichsten über den Begriff des Gewahrsams Hälschner, System des preuß. Strafrechts 2, 429 ff. und Binding, Lehrb. 244 ff. 286 ff. (der den Ausdruck „Besitz" vorzieht), Rotering, Besitz und Gewahrsam (1901).

V. **Verlust des Gewahrsams.** — Wird die Sache — sei es mit dem Willen des Gewahrsamsinhabers, sei es ohne denselben — in ein Verhältnis gebracht, welches es nicht mehr gestattet, den Herrschaftswillen in der Art zu bethätigen, wie es der Gewohnheit des Lebens entspricht, so ist der Gewahrsam daran verloren. Dies gilt namentlich für *verlorene* Sachen, unter welchen Begriff auch das entlaufene Tier fällt. Dagegen steht die innerhalb meiner Räumlichkeiten *verlegte* Sache noch in meinem Gewahrsam. Die von mir an einem dritten bekannten Orte liegen gelassene, *vergessene* Sache aber regelmäßig nicht mehr, weil in der Mehrzahl dieser Fälle die normale Beziehung zur Sache beseitigt ist. Ebenso Hälschner a. a. O. 433 und 2, 281. A. A. die meisten, vergl. Olsh. 17, Rotering a. a. O. 21. 22. An Stelle des durch Verlieren oder Vergessen aufgehobenen Gewahrsams kann der Gewahrsam des Orts treten. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Ort ein privater ist; ist er dagegen ein öffentlicher, z. B. ein Wirtslokal, so muß der Herrschaftswille des Inhabers dazukommen. Daher begeht der Wirt an dem stehengebliebenen Regenschirm Unterschlagung, ein dritter aber Diebstahl, sobald der Wirt den Schirm als stehengeblieben erkannt und in seine Obhut genommen hat, was übrigens keineswegs ein Sicherstellen erfordert. S. darüber Binding, Lehrb. 288.

VI. **Die Handlung besteht in dem Wegnehmen,** sc. der fremden Sache aus fremdem Gewahrsam. Wer der Gewahrsamsinhaber ist, erscheint gleichgiltig. Deshalb kann auch einem dritten, selbst einem unberechtigten Detentor, die Sache in einer den Diebstahlsbegriff erfüllenden Weise weggenommen werden. Einzelnes:

1. durch bloßes Berühren der Sache wird der Begriff der Wegnahme nicht erfüllt (anders die im gemeinen Recht vertretene *Kontrektationstheorie*, und wenn auch ebenso zweifellos die Verbringung vom Orte der That (*Ablationstheorie*) oder gar die Bergung (*Illationstheorie*) nicht gefordert werden kann, so muß doch verlangt werden, daß der Thäter selbst den Gewahrsam an der Sache erlangt habe (*Apprehensionstheorie*). Ebenso bes. Binding, Lehrb. 292. Wer daher einen fremden Hund von der Kette löst in der Hoffnung, ihn demnächst einfangen zu können, ist vorläufig nur des versuchten Diebstahls schuldig. Aus dem gleichen Grunde liegt im allgemeinen kein vollendeter, sondern nur versuchter Diebstahl vor, wenn der Thäter die Sache am Orte der That versteckt, um sie demnächst wegzubringen. Denn wenn er auch durch das Verstecken dem Berechtigten die Möglichkeit entzogen hat, so auf die Sache einzuwirken, wie es die Gewohnheit des Lebens mit sich bringt, so hat er doch selbst diese Möglichkeit noch nicht erworben. Erst durch das spätere Abholen wird der Diebstahl vollendet, und sollte sich der Thäter bei dieser Gelegenheit den Zugang durch Einsteigen oder Erbrechen von Behältnissen verschaffen, so wäre der Diebstahl ein schwerer. Denn er hat in diesem Falle eine *zum Thatbestande des Diebstahls gehörige Handlung* — die Erwerbung eigenen

Digitized by Google

Gewahrsams — mittels Einsteigens usw. ausgeführt. Die Praxis hat derartige Fälle verschieden erledigt. S. die Nachweisungen bei Oppenh.-Del. 39 und R 2, 660, E 12, 353. 27, 395. (Binding, Lehrb. 271 nimmt bei bloßen Bruch fremden Gewahrsams ohne Erlangung des eigenen nicht einmal Versuch an). — Umgekehrt liegt im allgemeinen vollendeter Diebstahl vor, wenn der Thäter in dem fremden Hause ertappt wird, wie er eben die Sache wegzutragen im Begriffe ist. Denn hier hatte er die normale Herrschaftsgewalt, und der Umstand, daß er sie wieder verliert, ist unerheblich. — Desgleichen ist der Diebstahl vollendet, wenn das Dienstmädchen ein Wäschestück der Herrschaft in Zueignungsabsicht in seine Kammer verbringt. — In allen erwähnten Fällen sind die konkreten Umstände in Betracht zu ziehen. Dies gilt auch dann, wenn der Gewahrsamsinhaber die Ergreifung der Sache während der Ausführung bemerkt. Trifft er in diesem Falle sogleich die zur Wiedererlangung erforderlichen Maßregeln, so kann vollendeter Diebstahl erst dann angenommen werden, wenn der Thäter eine vorläufig ruhige Herrschaft über die Sache erlangt hat. Der dritte, dem er sie etwa zusteckt, erscheint dann je nach den Umständen bald als Gehilfe, bald als Hehler.

2. Der Begriff der Wegnahme erfordert endlich ein *eigenmächtiges* Handeln, d. h. ein Handeln ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers. Willigt der letztere darin ein, daß ein dritter die Sache „an sich" nehme, so liegt kein „Wegnehmen" vor. Dabei ist es unerheblich, ob der Gewahrsamsinhaber einen rechtlich bedeutsamen Willen hat oder nicht. Auch die Einwilligung eines Kindes zur „Ansichnahme" seiner Ohrringe schließt deren „Wegnahme" und damit den Diebstahl aus (nicht aber Unterschlagung oder Betrug). E 2, 332, R 4, 129. Wenn dagegen der Gewahrsamsinhaber Ergreifung auf frischer That plant, so liegt darin keine Einwilligung in die Wegnahme, weil die Einwilligung sich höchstens auf den Bruch des eigenen, nicht aber auf die Erlangung des fremden Gewahrsams bezieht.

VII. Der **Dolus** setzt sich aus verschiedenen Bestandteilen zusammen. Er erfordert:

1. *das Bewußtsein, daß eine im fremden Eigentum und Gewahrsam stehende Sache weggenommen werde.* Hält der Thäter die Sache für seine eigene, für eine herrenlose oder für eine in niemandes Gewahrsam stehende (z. B. für verloren), so handelt er ohne den erforderlichen Vorsatz. Die Person des Eigentums- oder Gewahrsamsinhabers braucht er nicht zu kennen. Da zum Begriffe des Wegnehmens das Handeln ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers gehört, so wird der Dolus durch die irrtümliche Annahme der Einwilligung ausgeschlossen;
2. *die Absicht, sich die Sache (rechtswidrig) zuzueignen.* Wie dieses Erfordernis des näheren zu bestimmen sei, ist bestritten. Zunächst liegt auf der Hand, daß das Gesetz von dem Diebe nicht die Absicht fordert, im Rechtssinne „Eigentümer" zu werden. Ebenso ist sicher, daß die Absicht einer nur vorübergehenden Benutzung nicht genügt (das furtum usus ist nur im Falle des § 290 strafbar). Deshalb wird von den meisten die Absicht verlangt, die Sache dem Verletzten dauernd zu entziehen und an ihr die Gesamtheit derjenigen Befugnisse thatsächlich auszuüben, welche rechtlich dem Eigentümer zustehen. Vergl. Olsh. 28, ähnlich v. Liszt § 127. Dabei übersieht man indessen, daß, wenn die „Absicht der Zueignung" nicht als Absicht des juristischen Eigentumserwerbs aufgefaßt werden kann, sie zunächst vom wirtschaftlichen Standpunkte aus bestimmt werden muß, zumal da gerade diese Auffassung sich mit dem vulgären Diebstahlsbegriffe deckt und die übliche Definition zu einer ganzen Reihe von Zweifelsfragen Anlaß giebt. Jedenfalls fordert die Zueignungsabsicht etwas Negatives und etwas Positives: *in negativer Beziehung* die Absicht, den Berechtigten von der Sache oder ihrem wirtschaftlichen Wert auszuschließen; *in positiver Beziehung* die Absicht, die Sache oder ihren wirtschaftlichen Wert dadurch zu gewinnen, daß über sie ihrem wirtschaftlichen Werte gemäß verfügt wird. Alles dies läßt sich zusammenfassen in die Formel: *Absicht*

Digitized by Google

der Zueignung ist die Absicht, über die Sache oder deren wirtschaftlichen Wert unter Ausschluß des Berechtigten in eigenem Interesse ihrem wirtschaftlichen Wert (= ihrer wirtschaftlichen Bestimmung) gemäß zu verfügen. Kürzer aber im wesentlichen übereinstimmend, bezeichnet R 4, 537 die Zueignungsabsicht als die Absicht, die Sache in das eigene Vermögen zu bringen. Mit besonderer Schärfe hat Binding, Lehrb. 264 ff. die zwei in der Zueignung liegenden Momente herausgearbeitet, indem er Enteignung und Aneignung unterscheidet. Dagegen gehört die Absicht der Bereicherung (animus lucri faciendi) nicht zum Begriff. Der Zueignungsabsicht steht es daher nicht entgegen, wenn der Wegnehmende an Stelle der Sache deren Geldwert zur Entschädigung für den Verletzten legt. S. über die Frage besonders Hälschner 2, 294 ff., Merkel in Holtzend. Handb. 3, 648 ff.

Im übrigen bedeutet Absicht den erstrebten Erfolg. Vergl. § 59 IV.

Aus dem Gesagten folgt:

a) die Absicht, die Sache zu zerstören, ist nur dann Zueignungsabsicht, wenn der eigentümliche wirtschaftliche Wert der Sache darin besteht, daß sie in einer gewissen Art zerstört werde und der Wegnehmende gerade diese Art der Zerstörung beabsichtigt. Z. B. Wegnahme von Patronen, um sie zu verschießen, von Speisen und von Getränken, um sie zu essen oder zu trinken (vergl. jedoch § 370 Nr. 5). Nach Olsh. 30 involviert die Zerstörungsabsicht immer die Zueignungsabsicht. Dagegen E 11, 139, R 5, 537.

b) Die Absicht, die Sache dem Berechtigten zurückzugeben, steht der Absicht der Zueignung dann nicht entgegen, wenn die Sache erst nach Aufhebung ihres eigentümlichen wirtschaftlichen Wertes zurückgegeben werden soll. Trägt das Dienstmädchen die Kleider seiner Herrin einmal, so liegt hierin keine Zueignung, wohl aber ist Zueignung darin zu finden, daß der Betrag des Sparkassenbuchs erhoben wird, auch wenn das Sparkassenbuch selbst wieder an seine Stelle gelegt werden soll. So E 10, 369. 22, 29. 26, 152. Dagegen Bauke, Arch. 40, 111, Dörr, GS 52, 1 ff., Meyer 244. 686, v. Liszt § 127, Olsh. 29, Binding, Lehrb. 265 (Betrug), Schneider, Ztschr. 14, 36, Feisenberger, Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben (1895) (Unterschlagung). Binding a. a. O. giebt zu, daß Diebstahl vorliegt, wenn jemand einem andern eine Fahrkarte wegnimmt in der Absicht, sie zu benutzen und durchlocht zurückzugeben. Darauf, daß Fahrkarten (meist) durchlocht werden, kann es aber doch unmöglich ankommen. Das Abschreiben der abgehobenen Summen in Sparkassenbüchern hat keine geringere Bedeutung. Wie wäre es, wenn eine Bahnverwaltung (wie es ja bei Kilometerbillets wohl vorkommt) auf die Idee des Abschreibens und eine Sparkassendirektion auf die des Durchlochens verfiele? Beabsichtigt der Wegnehmende, die Sache zu verpfänden und nach erfolgter Auslösung zurückzugeben, so liegt keine Zueignungsabsicht vor, weil dem Berechtigten die Sache weder ihrer Substanz noch ihrem Werte nach entzogen werden soll. Darauf, ob der Thäter auf die Möglichkeit der Wiedereinlösung hoffen durfte, kommt es nur insofern an, als hieraus auf die Absicht der Rückgabe geschlossen werden kann. Ebenso Binding, Lehrb. 264, Olsh. 30. Zu weit gehen v. Liszt § 127, E 9, 382. 11, 68, wenn sie nur bei gegründeter Aussicht der Einlösung die Zueignungsabsicht ausschließen. Eine andere Frage ist die, ob in der Absicht, eine Sache als Pfand zu besitzen (bei eigenmächtiger Pfändung), die Absicht rechtswidriger Zueignung liegt. Sie ist zu bejahen, wenn der Wegnehmende eventuellen Verkauf beabsichtigt (vergl. jedoch unten 3), zu verneinen, wenn er nur einen Zwang auf den Schuldner ausüben will. E 1, 193. 12, 88.

c) Den Gegensatz zu dem eigenen Interesse des Wegnehmenden bildet das des Berechtigten. Hieraus folgt einerseits, daß es an der Zueignungs-

Digitized by Google

absicht fehlt, wenn der Wegnehmende die Sache im Interesse des Berechtigten verwenden will (vergl. § 370 Nr. 6), anderseits, daß Zueignungsabsicht auch dann vorliegt, wenn der Wegnehmende die Sache an einen dritten weitergeben will, gleichgiltig, ob entgeltlich oder unentgeltlich, gleichgiltig, ob der dritte von vornherein in den Plan eingeweiht war oder nicht. Dies wird fast allgemein anerkannt (s. jedoch Borchert, Die strafrechtl. Verantwortlichkeit [1888] 100), folgt indessen mit Bestimmtheit nur aus der hier vertretenen Auffassung vom Wesen der Zueignungsabsicht.

3. Die beabsichtigte Zueignung muß eine rechtswidrige sein, und der Wegnehmende muß wissen, daß sie es ist. Rechtswidrig ist aber die Zueignung, wenn sie mit dem Eigentumsrechte des Berechtigten in Widerspruch steht. Dieser Widerspruch liegt nicht vor bei Einwilligung des Eigentümers, ferner dann nicht, wenn der Wegnehmende einen fälligen Anspruch auf Übereignung der individuellen Sache hat. Vergl. auch o. III 2 b γ und BGB § 910. Die Annahme, daß einer dieser Umstände gegeben sei, beseitigt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auch dann, wenn er in Wahrheit fehlt, z. B. irrtümliche Annahme, daß der Eigentümer mit der Zueignung einverstanden sei, bzw. bei erlangter Kenntnis sein werde. Vergl. § 246 III a. E. Nimmt der Gläubiger die seiner Forderung entsprechende Geldsumme dem Schuldner eigenmächtig weg, so handelt er zwar objektiv rechtswidrig, subjektiv aber wird ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit meist fehlen. So die herrschende Lehre. Vergl. bes. E 2, 184, OlSh. 34.

VIII. Über den **Versuch** vergl. oben VII.

IX. Über die Frage, wer durch den Diebstahl **verletzt** ist, s. § 247 I.

X. Was die Möglichkeit einer **Idealkonkurrenz** mit § 242 betrifft, so ist vor allem zu beachten, daß an einer Reihe von Sachen kein gemeiner Diebstahl begangen werden kann, obwohl sie im fremden Eigentum und Gewahrsam stehen. Im Anschluß an Lehr (An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? [1894]) kann man diese Sachen als „privilegierte" bezeichnen, obwohl genau genommen nicht die Sachen oder deren Eigentümer, sondern der Wegnehmende privilegiert ist. Die Privilegierung beruht hauptsächlich auf den durch EG § 2 aufrecht erhaltenen Feld- und Forstdiebstahlsgesetzen. Außerdem s. StGB §§ 168. 247. 291. 367 Nr. 1. 370 Nr. 2. 5. Soweit die Privilegierung reicht, ist Idealkonkurrenz ausgeschlossen (lex specialis derogat legi generali). Ebensowenig ist Idealkonkurrenz mit Raub (§ 249) möglich, wohl aber mit den Delikten der §§ 133. 137. Qualifizierte Fälle s. §§ 243—245, MStGB §§ 127. 134. 138.

§ 243.

Auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn

1. aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude Gegenstände gestohlen werden, welche dem Gottesdienste gewidmet sind;
2. aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird;
3. der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raumes, oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Thüren oder Behältnisse falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet werden;
4. auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn, oder in einem Postgebäude

Digitized by Google

oder dem dazu gehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache mittels Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, oder durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge gestohlen wird;

5. der Dieb oder einer der Teilnehmer am Diebstahle bei Begehung der That Waffen bei sich führt;
6. zu dem Diebstahle Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben, oder
7. der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Thäter in diebischer Absicht eingeschlichen, oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird, auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind. Einem bewohnten Gebäude werden der zu einem bewohnten Gebäude gehörige umschlossene Raum und die in einem solchen befindlichen Gebäude jeder Art, sowie Schiffe, welche bewohnt werden, gleich geachtet

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

I. Die Stelle behandelt den **schweren Diebstahl.**

II. **Zu Nr. 1.**

1. **Zum Gottesdienste bestimmt** ist ein Gebäude (s. III 1) erst dann, wenn es thatsächlich gottesdienstlichen Zwecken überwiesen ist. Eine noch einzuweihende Kirche gehört nicht hierher. Das Gebäude *als solches* muß zum Gottesdienste bestimmt sein. Dem steht nicht entgegen, daß einzelne Räume (Wohnung des Glöckners, Konfirmandensaal) andern Zwecken dienen. Anderseits aber wird ein profanes Gebäude nicht dadurch ein zum Gottesdienst bestimmtes, daß etwa der Eigentümer einzelne Zimmer zum Gottesdienste seiner Religionsgesellschaft hergegeben hat. A. A. Hälschner **2**, 314, Olsh. 4, Oppenh.-Del. 8, welche entgegen dem Wortlaute annehmen, daß Diebstahl aus einem zum Gottesdienst bestimmten *Raum* erforderlich und genügend sei.
2. Die Sachen müssen *aus* einem zum Gottesdienst bestimmten Gebäude gestohlen werden, d. h. sie müssen sich zur Zeit der That darin befinden. Daß der Dieb selbst das Gebäude betrete, ist nicht erforderlich.
3. Die Sachen müssen **dem Gottesdienste gewidmet,** also zu liturgischen Zwecken bestimmt sein (Abendmahlsgerätschaften, Kruzifix auf dem Altar). Dem Privatgebrauche beim Gottesdienste dienende Sachen gehören nicht hierher, z. B. Gesangbücher, deren sich die Gemeindemitglieder bedienen können. Die Praxis nimmt an, daß als dem Gottesdienste gewidmet auch solche Sachen anzusehen sind, deren Benutzung die Feierlichkeit erhöht (Altarkerzen). Vergl. Oppenh.-Del. 12.

III. **Zu Nr. 2.**

1. **Gebäude** bezeichnet ein allseitig umschlossenes (mit Wänden und Dach versehenes), in den Luftraum ragendes, den Eintritt von Menschen gestattendes Bauwerk, das derartig unbeweglich ist, daß es ohne Zerlegung in seine Teile nicht von der Stelle geschafft werden kann. So die herrschende Lehre, wenn auch mit teilweise abweichender Formulierung. **E 8**, 111. **4**, 433. **10**, 103. Künstlerwagen oder Schäferkarren sind, weil beweglich, keine Gebäude. Feste Verbindung mit dem Grund und Boden ist nicht erforderlich; es genügt Unbeweglichkeit durch eigne Schwere. **E 10**, 103. Eben-

Digitized by Google

der Körperverletzung oder Tötung genötigt werden sollte. In diesem Sinne ist E 33, 339 beizutreten.

Ist das Verhalten, zu dem der Genötigte bestimmt wird, eine strafbare Handlung, so erscheint der Nötiger je nach der Intensität der Nötigung als Anstifter oder als mittelbarer Thäter (vergl. § 48 II). Wenn Hill annimmt, daß auch in diesem Falle § 240 nicht konkurriere, so betont er den subsidiären Charakter der Nötigung wohl zu stark. Denn in der Bestrafung des Nötigers wegen des äußerlich durch den Genötigten begangenen Delikts kommt die Beeinträchtigung der Freiheit nicht zum Ausdrucke. — Die Angriffe Bindings, Lehrb. 88 und anderer gegen die Ausführungen Hills richten sich mehr gegen den Ausdruck „Subsidiarität", als gegen die Sache, und jedenfalls bleibt Hill das Verdienst, auf die Bedeutung der Frage zuerst eingehend hingewiesen zu haben.

VII. Über die Frage, ob landesrechtlich das Gebiet der strafbaren Nötigung weitererstreckt werden kann, als es das Reichsrecht thut, s. Buchka, DJZ v. 15./7 1900. Vgl. dazu E 34, 121 (Streikpostenstehen).

VIII. Vgl. das Beamtendelikt des § 339.

§ 241.

Wer einen Anderen mit der Begehung eines Verbrechens bedroht, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

I. Die **Bedrohung** wird vom Gesetze unter Strafe gestellt, weil sie geeignet ist, den Rechtsfrieden eines andern im subjektiven Sinne (vergl. § 126) zu beeinträchtigen. Da das StGB eine besondere Gruppe der Delikte gegen den Rechtsfrieden nicht kennt, die Störung des letzteren aber leicht die Freiheit der Willensbethätigung beeinflussen kann, so hat es das Delikt schlecht und recht bei den Freiheitsdelikten untergebracht. S. über die verschiedenen systematischen Auffassungen besonders Goehrs, Ztschr. 19, 479 ff., derf., Der Rechtsfrieden (1900) 65 ff. Binding, Lehrb. 102. 103. Im Einzelfalle wird weder eine Beeinträchtigung des Rechtsfriedens noch der persönlichen Freiheit gefordert. Das Gesetz geht vielmehr davon aus, daß sie in der Bedrohung mit einem Verbrechen (im Sinne des § 1) unter allen Umständen zu finden sei. Unerheblich ist es demnach, wenn in concreto der Bedrohte die Drohung gar nicht für ernst ansah. Anderseits gehört auch nicht zum Thatbestande, daß sie ernst gemeint war, wohl aber die, wenn auch irrige Annahme, daß sie von dem andern als ernstlich gemeint angesehen werde. E 4, 10. 32, 102. (In letzterer Beziehung a. A. Binding, Lehrb. 104). Alle diese Erfordernisse können auch bei einer bedingten Drohung zutreffen (wenn du dies oder jenes thust, so schlage ich dich tot), sowie auch bei einer solchen, die wörtlich gar nicht ausgeführt werden kann. Vergl. R 8, 342, E 20, 180.

II. Einzelnes:

1. Über den Begriff der Drohung s. § 48 II 1a. Der der Bedrohung stimmt hiermit wesentlich überein, mit dem Unterschiede jedoch, daß das angedrohte Übel gerade die Person treffen soll, an welche sich die Drohung richtet. Man wird es indessen mit der herrschenden Lehre als genügend ansehen dürfen, wenn dem Bedrohten durch das Verbrechen ein mittelbarer Schaden entstehen würde. Z. B. Drohung mit der Tötung der Ehefrau des andern. A. A. Göhrs, Der Rechtsfrieden 143, Meyer 617, Binding, Lehrb. 104. Im übrigen ist es gleichgiltig, ob der Drohende selbst oder ein dritter das Verbrechen begehen soll, sofern sich nur der Drohende einen Einfluß auf das Verhalten des dritten zuschreibt; ebenso, ob die Drohung schriftlich oder mündlich oder durch konkludente Handlung erfolgt.
2. Der Thäter muß mit der Begehung eines Verbrechens im technischen Sinne (§ 1) bedrohen. Dabei wird mit der herrschenden Lehre anzunehmen sein, daß hier

Digitized by Google

besondere persönliche Momente (jugendliches Alter und Rückfälligkeit) ohne Betracht bleiben. A. A. Geyer in Holtzend. Handb. 3, 585.

3. Zum Vorsatze des Thäters gehört nicht das Bewußtsein, daß sich die angedrohte Handlung als Verbrechen darstellt. Vergl. § 240 V und im übrigen wegen des Vorsatzes oben I. Verbindet sich mit der Drohung der Vorsatz der Nötigung, so geht das Delikt in dieses letztere über.

Neunzehnter Abschnitt.

Diebstahl und Unterschlagung.

§ 242.

Wer eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Diebstahls mit Gefängnis bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. **Objekt des Diebstahls** ist eine (bewegliche, in fremdem Eigentum und Gewahrsam stehende) **Sache.** Auf den Aggregatzustand kommt es nicht an. Daher können auch Gas und Wasser gestohlen werden. E 11, 117; 14, 121. Nicht aber ein lebender Mensch, weil er keine Sache ist. Über Diebstahl an Leichen s. u. III 2d. Ebensowenig ist eine Kraft, z. B. Elektrizität, stehlbar. Nachdem diese früher sehr bestrittene Frage von E 32, 165 in dem hier (schon in der 1. Aufl.) vertretenen Sinne entschieden worden war, ist das Gesetz betr. die Entziehung der elektrischen Arbeit v. 9./4 1900 erlassen worden. Kritische Prüfung der älteren Ansichten unter eingehender Berücksichtigung des naturwissenschaftlichen Standpunktes bei Kohlrausch, Ztschr. 20, 459 ff., vergl. auch Binding, Lehrb. 258 ff. Anderseits ist es unerheblich, ob die Sache einen Wert hat oder nicht. Vergl. Gebauer, Der strafrechtliche Schutz wertloser Gegenstände (1893). A. A. John, Ztschr. 1, 266, Dörr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen (1897). Da aber die Annahme, daß der Berechtigte gegen die Wegnahme nichts einzuwenden habe, den Dolus ausschließt, so wird es bei der Wegnahme wertloser Gegenstände meist an dem subjektiven Thatbestande fehlen. — Über „privilegierte" Sachen s. u. XI.

II. **Die Sache muß eine bewegliche sein.** Der Umstand, daß sie erst durch den Dieb zu einer beweglichen gemacht wird, steht nicht entgegen. Z. B. Wegnahme einer in einem Hause festgemauerten Statue oder Abmähen fremder Frucht (s. jedoch EG § 2), E 5, 42. Abpflügen ist dagegen kein Diebstahl; vergl. § 370 Nr. 1.

III. **Ferner wird erfordert, daß die Sache für den Thäter eine fremde sei,** d. h. in fremdem Eigentum stehe. Ob sie das ist, muß nach bürgerlichem Rechte geprüft werden, ein „kriminalistisches" Eigentum giebt es nicht. **Nicht Objekte des Diebstahls sind demnach:**

1. **die im Eigentum des Thäters stehenden Sachen.** Bloßes Miteigentum des Thäters schließt die Möglichkeit eines Diebstahls nicht aus; denn da ihm nur ein ideeller Anteil der Sache gehört, so ist sie im übrigen für ihn eine fremde. E 4, 83, R 6, 239. Vergl. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 636. Dies gilt erst recht für die Fälle des Miteigentums zu gesamter Hand. — Über die Frage, ob bei irrtümlicher Annahme, daß die Sache eine fremde sei, Versuch vorliegt, s. § 43 I 3;
2. **herrenlose Sachen,** d. h. in niemandes Eigentum stehende. Dabei ist es gleichgiltig, ob die Sache aus rechtlichen oder thatsächlichen Gründen ohne Eigentümer ist. Hervorzuheben sind folgende Punkte:

Digitized by Google

a) Die freie Luft, das im natürlichen Bett fließende Wasser, das Wasser im Meere und in Binnenseen stehen in niemandes Eigentum (es sei denn, daß das nach EG z. BGB Art. 65 aufrecht erhaltene partikuläre Wasserrecht etwas anderes bestimmt). Dasselbe muß von dem Wasser der Teiche dann behauptet werden, wenn diese einen natürlichen Abfluß haben. Ein Diebstahl kann an diesen Objekten erst dann begangen werden, wenn sie durch Aneignung in ein Eigentum übergeführt worden sind. Eine Aneignung liegt aber nicht nur in dem Schöpfen des Wassers, sondern schon in dem Ableiten in ein künstliches Gerinne, sobald diese Ableitung zum Zwecke des Verbrauchs (Wasserleitung), nicht aber wenn sie zum Zwecke des Gebrauchs (Mühlgraben) erfolgt. S. darüber W. v. Hippel, Der Wasserdiebstahl (mit der sehr bedenklichen Ausführung, daß auch das zu Bewässerungszwecken abgeleitete Wasser, weil zum Verbrauch bestimmt, okkupiert und eine widerrechtliche Entnahme desselben nicht nach partikulären Feldpolizeigesetzen, sondern als gemeiner Diebstahl zu bestrafen sei). — Wasser in Privatbrunnen ist okkupiert. Ebenso Binding, Lehrb. 258. Vgl. übrigens oben I a. E.

b) Wilde Tiere in der Freiheit stehen in niemandes Eigentum, namentlich auch nicht in dem des Jagdberechtigten (vergl. daher §§ 292. 370 Nr. 4). BGB § 960. Das Eigentum wird durch Aneignung, d. h. durch Ergreifung des Eigenbesitzes erworben, es sei denn, daß die Aneignung gesetzlich verboten ist (z. B. § 368 Nr. 11), oder daß durch die Besitzergreifung das Aneignungsrecht eines andern verletzt wird. BGB § 958, EG z. BGB Art. 69. In diesen Fällen, namentlich also bei Wilderei, bleibt das Tier herrenlos. Cosack 2, 132. Vergl. dazu § 74 V 4. Die Frage, ob die Schonzeit dem Eigentumserwerbe entgegensteht oder nicht, hängt davon ab, ob während ihrer Dauer nur das Töten oder auch das Einfangen des Tiers verboten ist. Vergl. einerseits Biermann, Das Sachenrecht des BGB's (1898) zu BGB § 958, anderseits Cosack 2, 131. Erlangt ein gefangenes wildes Tier die Freiheit wieder, so wird es herrenlos, wenn nicht der Eigentümer das Tier unverzüglich verfolgt oder wenn er die Verfolgung aufgiebt. BGB § 960. Das Gleiche gilt für den ausziehenden Bienenschwarm. BGB § 961. — Hinsichtlich der jagdbaren wilden Tiere und der Fische bleibt übrigens nach EG z. BGB Art. 69 das Landesrecht grundsätzlich in Kraft.

α. Wilde Tiere in Tiergärten und Fische in Teichen oder andern geschlossenen Privatgewässern sind nicht herrenlos. BGB. § 960. Ein eingehegtes Revier ist aber noch kein Tiergarten. Mathias, Lehrb. d. bürgerl. Rechts § 25. Auch die vor dem BGB herrschend gewordene Praxis (E 8, 273. 26, 218) nahm an, daß nicht schon bei jeder Umhegung Okkupation vorliege. Die Grenze ist allerdings schwer zu ziehen. Zunächst gehört zum Begriffe des Tiergartens ein umschlossener Raum, der vorzugsweise zum Halten von Tieren bestimmt ist. Aber das genügt nicht; vielmehr ist zu fordern, daß der Raum so klein sei, daß der Besitzer den Herrschaftswillen ohne längeres Suchen nach dem Tier bethätigen kann. Ähnlich Rotering, GS 35, 364, derf., Besitz und Gewahrsam (1901) 27. — Daß in Käfigen oder Ketten gehaltene Tiere und Fische oder Krebse in Kästen oder Reußen im Eigentum stehen, ist zweifellos.

β. Bei Fang des wilden Tieres in dazu aufgestellten Netzen, Schlingen oder Fallen ist die Aneignung bewirkt, sobald sich das Tier verfangen hat, auch ohne daß der Berechtigte etwas davon weiß. Denn das BGB fordert § 854 zum Besitzerwerb nur die Erlangung der thatsächlichen Gewalt. Cosack 2, 68, Mathias a. a. O. § 3, Endemann 2 § 34. Vergl. auch E 32, 161.

γ. Gezähmte Tiere (animalia quorum natura fera est, die aber ohne besondere Schutzmaßregeln gehalten werden) werden herrenlos, wenn sie die Gewohnheit ablegen, an den ihnen bestimmten Ort zurückzukehren. BGB § 960.

Digitized by Google

Die landesrechtlich vielfach gewährte Aneignungsbefugnis von fremden Tauben, die im Freien betroffen werden, wird vom BGB nicht berührt. EG z. BGB Art. 130. Im übrigen gewährt BGB § 228 ein Schutzrecht gegen Tiere aller Art, jedoch keineswegs eine Aneignungsbefugnis.

δ. Zahme Tiere werden dadurch, daß sie sich dem Gewahrsam entziehen, nicht herrenlos (z. B. ein entlaufener Stier).

c) Dem Gottesdienste geweihte Sachen stehen nach heutigem Rechte im Eigentum der Kirche.

d) Auch an Leichen und Leichenteilen ist heute Eigentum möglich, nämlich dann, wenn sie der Beisetzung oder Verbrennung entzogen sind; z. B. Leichen in Museen oder Anatomieen. Abweichend Merkel in Holtzend. Handb. 3, 633, Cramer, Die Behandlung d. menschl. Leichnams (1885), Schultheis, Über die Möglichkeit von Privatrechtsverhältnissen am menschl. Leichnam (1888). Vergl. §§ 168. 367 Nr. 1.

e) Teile des menschlichen Körpers, z. B. Haare, werden zu Sachen erst durch ihre Trennung vom Körper. Es besteht aber kein Rechtssatz, auf Grund dessen sich behaupten ließe, daß sie durch die Trennung ohne weiteres in das Eigentum desjenigen übergehen, zu dessen Körper sie gehört haben. Deshalb kann das Zopfabschneiden nicht als Diebstahl bestraft werden. Vergl. § 223. A. A. in dieser Beziehung die meisten, vergl. Mittelstein, Arch. 34, 176, Olsh. 6, Binding, Lehrb. 258.

f) Mineralien stehen gemäß BGB § 905 im Eigentum dessen, dem das Grundstück gehört, es sei denn, daß das nach EG z. BGB Art. 67 aufrecht erhaltene Bergrecht etwas anderes bestimmt. Ist aber das Mineral kraft Landesrechts herrenlos, so ist seine widerrechtliche Aneignung auch vielfach landesrechtlich strafbar. Vergl. übrigens § 370 Nr. 2.

g) Eine bewegliche Sache wird herrenlos, wenn der Eigentümer in der Absicht, auf das Eigentum zu verzichten, den Besitz der Sache aufgiebt (Dereliktion). BGB § 959. Die Absicht wird regelmäßig aus den Umständen zu folgern sein. Bei den einer Leiche mit ins Grab gegebenen Sachen ist im Zweifel die Absicht wohl die, daß auf das Eigentum erst später (bei der Zerstörung des Grabes) verzichtet werden soll. In der Zwischenzeit ist also Diebstahl möglich. So im wesentlichen die herrschende Lehre, indem sie im Zweifel die Dereliktion verneint. Bejaht wird sie dagegen von Dickel, Der Thatbestand des Diebstahls (1877) 25, Binding, Normen 2, 553.

IV. **Die Sache muß ferner in fremdem Gewahrsam stehen.** Das Gesetz sagt das zwar nicht ausdrücklich, es folgt aber daraus, daß die Handlung in einem Wegnehmen besteht. Demgemäß hat die Interpretation von dem Begriffe des Wegnehmens auszugehen und ist zunächst zu sagen: im Gewahrsame jemandes steht eine Sache, so lange als sie ihm weggenommen werden kann. Der Gewahrsam erscheint somit als ein rein thatsächliches Herrschaftsverhältnis über die Sache. Die Art und Weise der Herrschaftsausübung aber wird in erster Linie durch die Beschaffenheit und die wirtschaftliche Natur der Sache bestimmt. Eine thatsächliche Herrschaft über eine Sache kann nur der ausüben, dem sie zugänglich ist. Aber auch das Maß der Zugänglichkeit hängt von der Beschaffenheit und wirtschaftlichen Natur, nicht minder von der Gepflogenheit des täglichen Lebens ab. Das letztere will sagen: eine Lockerung der Beziehungen zu einer Sache rechtfertigt noch nicht die Annahme, daß der Gewahrsam an ihr verloren sei, wenn sie immerhin so gewahrt wird, wie man seine Sachen zu wahren pflegt. Nicht nur steht in meinem Gewahrsam, was ich unmittelbar unter meiner Hand habe, sondern auch das Mobiliar in meiner Wohnung, selbst wenn ich verreist bin. Der Fuhrmann hat Gewahrsam an seinem Wagen, auch wenn er selbst sich im Wirtshause befindet, während der Wagen ausgespannt auf der Straße steht. Ebenso der Landmann an seinem Pfluge, den er über Nacht auf dem Felde läßt; der Reisende an dem Koffer, den der in seiner Nähe gehende

Digitized by Google

Dienstmann trägt; der Kaufmann an Waren, die er Kunden zur Besichtigung in die Hand giebt.

Die Frage, ob zum Gewahrsam ein Herrschaftswille gehört, ist zu bejahen. Man kann nicht sagen, daß eine Sache demjenigen weggenommen werde, der sie in seiner thatsächlichen Verfügungsgewalt hat, eine solche aber nicht ausüben will. Der Überzieher, den ein Besucher an den Garderobehalter meines Hausflurs hängt, wird nicht mir, sondern ihm weggenommen.[x] Ebenso die herrschende Lehre, vergl. Binding, Lehrb. 286, Olsh. 16. A. A. Römpler, Der Begriff des Gewahrsams im Civil- und Strafrecht (1894). — Gehört aber zum Gewahrsam ein bestimmter Wille, so gehört auch grundsätzlich ein Wissen dazu. Eine Sache, von der ich nichts weiß, steht grundsätzlich nicht in meinem Gewahrsam. Wohl aber kann mein Gewahrsam an einer Sache von selbst andere Sachen mitergreifen, die in gewisse Beziehungen zu ihr treten, auch ohne daß ich in concreto das Vorhandensein dieser Beziehungen kenne. So erstreckt sich z. B. der Gewahrsam an dem Briefkasten auf alle darin befindlichen Briefe, der Gewahrsam an der Wohnung auf die darin für den Gewahrsamsinhaber abgegebenen Sachen. Uebereinstimmend im Ergebnis die herrschende Lehre, s. bes. E 30, 88.

Dies vorausgesandt, läßt sich der Gewahrsam bestimmen als das thatsächliche Herrschaftsverhältnis einer Person über eine Sache, vermöge dessen die Sache der Person derartig zugänglich ist, daß diese ihren Herrschaftswillen über sie in einer der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Weise zu bethätigen vermag. Auf die Gewohnheit des täglichen Lebens legt (wie schon die 1. Aufl. dieses Kommentars) besonderes Gewicht Endemann 2 §§ 33. 36.

Der Begriff des Gewahrsams fällt somit nicht mit dem Besitze im Sinne des bürgerlichen Rechts zusammen, sondern ist ein spezifisch strafrechtlicher. E 30, 88. 34, 252, v. Bülow, Arch. 45, 321 ff., Lobe, Über d. Einfluß des BGB's a. d. Strafrecht (1898) 16 ff., Endemann 2 § 38. Der Unterschied liegt im wesentlichen darin, daß Besitz ohne thatsächliche Herrschaft bestehen kann, nicht aber der Gewahrsam. Dies wird gegenüber dem BGB in folgenden Beziehungen praktisch:

1. Der mittelbare Besitzer hat zwar Besitz, aber keinen Gewahrsam.
2. Der Besitzdiener (Gesinde, Verkäufer) hat zwar Gewahrsam, aber keinen Besitz. BGB § 855.
3. Der Besitz geht ohne weiteres auf den Erben über, nicht aber der Gewahrsam. BGB § 857. Daher sind Nachlaßsachen so lange ohne Gewahrsam, bis sich ihrer jemand bemächtigt hat. Vergl. Többen, Diebstahl an Erbschaftssachen (1893) und E 10, 257. 34, 252. A. A. für gewisse Fälle Römpler, Der Begriff des Gewahrsams (1894).

Ein Mitgewahrsam verschiedener Personen ist denkbar, sowohl dann, wenn die mehreren Personen koordiniert nebeneinander stehen (z. B. die Inhaber einer offenen Handelsgesellschaft), als auch dann, wenn sich die eine bei der Ausübung ihres Gewahrsams dem Willen der andern unterordnen muß. Bei Fällen der letzteren Art handelt es sich vorwiegend um den Mitgewahrsam eines Besitzdieners. Zwar darf daraus, daß dieser keinen Besitz hat, nicht ohne weiteres auf den fortdauernden Gewahrsam des Besitzherrn geschlossen werden. Ausschlaggebend ist aber, daß trotz eines Besitzdieners die Sache dem Besitzherrn noch immer in dem der Gewohnheit des täglichen Lebens entsprechenden Maße zugänglich bleiben kann. Trifft dies zu, so hat er neben dem Besitzdiener Mitgewahrsam, trifft es nicht zu, so hat den Gewahrsam lediglich der letztere, z. B. das Dienstmädchen, dem Sachen zum Verschluß in seinen Koffer übergeben sind. Die Mittelsperson vermag den Gewahrsam der übergeordneten Person zu brechen und somit trotz ihres eigenen Gewahrsams einen Diebstahl zu begehen. In diesem Verhältnis befinden sich regelmäßig Herrschaft und Gesinde, Prinzipal und Verkäufer. E 2, 1. 21, 16. 30, 88, R 7, 302. Ebenso liegt die Sache bei Mietsverhältnissen, wenn der Vermieter die Möglichkeit der unmittelbaren Herrschaftsausübung über die vermietete Sache hat. Dies wird allerdings

Digitized by Google

nur ausnahmsweise zutreffen, nämlich dann, wenn dem Vermieter der Zutritt regelmäßig offensteht; z. B. bei einer Studentenwohnung, die von der Hauswirtin oder deren Dienstmädchen gereinigt wird, oder bei einem Hotelzimmer. Das RG hat in den seiner Entscheidung unterstellten Fällen stets den Gewahrsam des Vermieters verneint. E 3, 358. 5, 42, R 2, 284 Hiergegen Olsh. 19. Bei den von Binding, Lehrb. 287 sog. Gehilfen zum Besitz (die er nicht mit den Besitzdienern des BGB's indentifiziert wissen will) wird mit Binding überhaupt kein Gewahrsam anzunehmen sein. Er versteht darunter Personen, die, ohne mit der Sache zu manipulieren, nur darüber zu wachen haben, daß sie der Herrschaftssphäre eines dritten nicht entzogen werden, z. B. die Bediensteten eines Hotels bzgl. der von den Reisenden vor die Zimmer gestellten Koffer oder Wächter aller Art. Jedenfalls ist für sie die Sache ein Objekt des Diebstahls. — Über Gewahrsam am Inhalte hinterlegter verschlossener Behältnisse s. § 243 III a. E.

Am ausführlichsten über den Begriff des Gewahrsams Hälschner, System des preuß. Strafrechts 2, 429 ff. und Binding, Lehrb. 244 ff. 286 ff. (der den Ausdruck „Besitz" vorzieht), Rotering, Besitz und Gewahrsam (1901).

V. **Verlust des Gewahrsams.** — Wird die Sache — sei es mit dem Willen des Gewahrsamsinhabers, sei es ohne denselben — in ein Verhältnis gebracht, welches es nicht mehr gestattet, den Herrschaftswillen in der Art zu bethätigen, wie es der Gewohnheit des Lebens entspricht, so ist der Gewahrsam daran verloren. Dies gilt namentlich für verlorene Sachen, unter welchen Begriff auch das entlaufene Tier fällt. Dagegen steht die innerhalb meiner Rämlichkeiten verlegte Sache noch in meinem Gewahrsam. Die von mir an einem dritten bekannten Orte liegen gelassene, vergessene Sache aber regelmäßig nicht mehr, weil in der Mehrzahl dieser Fälle die normale Beziehung zur Sache beseitigt ist. Ebenso Hälschner a. a. O. 433 und 2, 281. A. A. die meisten, vergl. Olsh. 17, Rotering a. a. O. 21. 22. An Stelle des durch Verlieren oder Vergessen aufgehobenen Gewahrsams kann der Gewahrsam des Orts treten. Dies ist dann anzunehmen, wenn der Ort ein privater ist; ist er dagegen ein öffentlicher, z. B. ein Wirtslokal, so muß der Herrschaftswille des Inhabers dazukommen. Daher begeht der Wirt an dem stehengebliebenen Regenschirm Unterschlagung, ein dritter aber Diebstahl, sobald der Wirt den Schirm als stehengeblieben erkannt und in seine Obhut genommen hat, was übrigens keineswegs ein Sicherstellen erfordert. S. darüber Binding, Lehrb. 288.

VI. **Die Handlung besteht in dem Wegnehmen,** sc. der fremden Sache aus fremdem Gewahrsam. Wer der Gewahrsamsinhaber ist, erscheint gleichgültig. Deshalb kann auch einem dritten, selbst einem unberechtigten Detentor, die Sache in einer den Diebstahlsbegriff erfüllenden Weise weggenommen werden. Einzelnes:

1. durch bloßes Berühren der Sache wird der Begriff der Wegnahme nicht erfüllt (anders die im gemeinen Recht vertretene Kontrektationstheorie, und wenn auch ebenso zweifellos die Verbringung vom Orte der That (Ablationstheorie) oder gar die Bergung (Illationstheorie) nicht gefordert werden kann, so muß doch verlangt werden, daß der Thäter selbst den Gewahrsam an der Sache erlangt habe (Apprehensionstheorie). Ebenso bes. Binding, Lehrb. 292. Wer daher einen fremden Hund von der Kette löst in der Hoffnung, ihn demnächst einfangen zu können, ist vorläufig nur des versuchten Diebstahls schuldig. Aus dem gleichen Grunde liegt im allgemeinen kein vollendeter, sondern nur versuchter Diebstahl vor, wenn der Thäter die Sache am Orte der That versteckt, um sie demnächst wegzubringen. Denn wenn er auch durch das Verstecken dem Berechtigten die Möglichkeit entzogen hat, so auf die Sache einzuwirken, wie es die Gewohnheit des Lebens mit sich bringt, so hat er doch selbst diese Möglichkeit noch nicht erworben. Erst durch das spätere Abholen wird der Diebstahl vollendet, und sollte sich der Thäter bei dieser Gelegenheit den Zugang durch Einsteigen oder Erbrechen von Behältnissen verschaffen, so wäre der Diebstahl ein schwerer. Denn er hat in diesem Falle eine zum Thatbestande des Diebstahls gehörige Handlung — die Erwerbung eigenen

Digitized by Google

Gewahrsams — mittels Einsteigens usw. ausgeführt. Die Praxis hat derartige Fälle verschieden erledigt. S. die Nachweisungen bei Oppenh.-Del. 39 und R 2, 660, E 12, 353. 27, 395. (Binding, Lehrb. 271 nimmt bei bloßen Bruch fremden Gewahrsams ohne Erlangung des eigenen nicht einmal Versuch an). — Umgekehrt liegt im allgemeinen vollendeter Diebstahl vor, wenn der Thäter in dem fremden Hause ertappt wird, wie er eben die Sache wegzutragen im Begriffe ist. Denn hier hatte er die normale Herrschaftsgewalt, und der Umstand, daß er sie wieder verliert, ist unerheblich. — Desgleichen ist der Diebstahl vollendet, wenn das Dienstmädchen ein Wäschestück der Herrschaft in Zueignungsabsicht in seine Kammer verbringt. — In allen erwähnten Fällen sind die konkreten Umstände in Betracht zu ziehen. Dies gilt auch dann, wenn der Gewahrsamsinhaber die Ergreifung der Sache während der Ausführung bemerkt. Trifft er in diesem Falle sogleich die zur Wiedererlangung erforderlichen Maßregeln, so kann vollendeter Diebstahl erst dann angenommen werden, wenn der Thäter eine vorläufig ruhige Herrschaft über die Sache erlangt hat. Der dritte, dem er sie etwa zusteckt, erscheint dann je nach den Umständen bald als Gehilfe, bald als Hehler.

2. Der Begriff der Wegnahme erfordert endlich ein eigenmächtiges Handeln, d. h. ein Handeln ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers. Willigt der letztere darin ein, daß ein dritter die Sache „an sich" nehme, so liegt kein „Wegnehmen" vor. Dabei ist es unerheblich, ob der Gewahrsamsinhaber einen rechtlich bedeutsamen Willen hat oder nicht. Auch die Einwilligung eines Kindes zur „Ansichnahme" seiner Ohrringe schließt deren „Wegnahme" und damit den Diebstahl aus (nicht aber Unterschlagung oder Betrug). E 2, 332, R 4, 129. Wenn dagegen der Gewahrsamsinhaber Ergreifung auf frischer That plant, so liegt darin keine Einwilligung in die Wegnahme, weil die Einwilligung sich höchstens auf den Bruch des eigenen, nicht aber auf die Erlangung des fremden Gewahrsams bezieht.

VII. Der **Dolus** setzt sich aus verschiedenen Bestandteilen zusammen. Er erfordert:

1. das Bewußtsein, daß eine im fremden Eigentum und Gewahrsam stehende Sache weggenommen werde. Hält der Thäter die Sache für seine eigene, für eine herrenlose oder für eine in niemandes Gewahrsam stehende (z. B. für verloren), so handelt er ohne den erforderlichen Vorsatz. Die Person des Eigentums- oder Gewahrsamsinhabers braucht er nicht zu kennen. Da zum Begriffe des Wegnehmens das Handeln ohne den Willen des Gewahrsamsinhabers gehört, so wird der Dolus durch die irrtümliche Annahme der Einwilligung ausgeschlossen;
2. die Absicht, sich die Sache (rechtswidrig) zuzueignen. Wie dieses Erfordernis des näheren zu bestimmen sei, ist bestritten. Zunächst liegt auf der Hand, daß das Gesetz von dem Diebe nicht die Absicht fordert, im Rechtssinne „Eigentümer" zu werden. Ebenso ist sicher, daß die Absicht einer nur vorübergehenden Benutzung nicht genügt (das furtum usus ist nur im Falle des § 290 strafbar). Deshalb wird von den meisten die Absicht verlangt, die Sache dem Verletzten dauernd zu entziehen und an ihr die Gesammtheit derjenigen Befugnisse thatsächlich auszuüben, welche rechtlich dem Eigentümer zustehen. Vergl. Olsh. 28, ähnlich v. Liszt § 127. Dabei übersieht man indessen, daß, wenn die „Absicht der Zueignung" nicht als Absicht des juristischen Eigentumserwerbs aufgefaßt werden kann, sie zunächst vom wirtschaftlichen Standpunkte aus bestimmt werden muß, zumal da gerade diese Auffassung sich mit dem vulgären Diebstahlsbegriffe deckt und die übliche Definition zu einer ganzen Reihe von Zweifelsfragen Anlaß giebt. Jedenfalls fordert die Zueignungsabsicht etwas Negatives und etwas Positives: in negativer Beziehung die Absicht, den Berechtigten von der Sache oder ihrem wirtschaftlichen Wert auszuschließen; in positiver Beziehung die Absicht, die Sache oder ihren wirtschaftlichen Wert dadurch zu gewinnen, daß über sie ihrem wirtschaftlichen Werte gemäß verfügt wird. Alles dies läßt sich zusammenfassen in die Formel: Absicht

Digitized by Google

der Zueignung ist die Absicht, über die Sache oder deren wirtschaftlichen Wert unter Ausschluß des Berechtigten in eigenem Interesse ihrem wirtschaftlichen Wert (= ihrer wirtschaftlichen Bestimmung) gemäß zu verfügen. Kürzer aber im wesentlichen übereinstimmend, bezeichnet R 4, 537 die Zueignungsabsicht als die Absicht, die Sache in das eigene Vermögen zu bringen. Mit besonderer Schärfe hat Binding, Lehrb. 264 ff. die zwei in der Zueignung liegenden Momente herausgearbeitet, indem er Enteignung und Aneignung unterscheidet. Dagegen gehört die Absicht der Bereicherung (animus lucri faciendi) nicht zum Begriff. Der Zueignungsabsicht steht es daher nicht entgegen, wenn der Wegnehmende an Stelle der Sache deren Geldwert zur Entschädigung für den Verletzten legt. S. über die Frage besonders Hälschner 2, 294 ff., Merkel in Holtzend. Handb. 3, 648 ff.

Im übrigen bedeutet Absicht den erstrebten Erfolg. Vergl. § 59 IV.

Aus dem Gesagten folgt:

a) die Absicht, die Sache zu zerstören, ist nur dann Zueignungsabsicht, wenn der eigentümliche wirtschaftliche Wert der Sache darin besteht, daß sie in einer gewissen Art zerstört werde und der Wegnehmende gerade diese Art der Zerstörung beabsichtigt. Z. B. Wegnahme von Patronen, um sie zu verschießen, von Speisen und von Getränken, um sie zu essen oder zu trinken (vergl. jedoch § 370 Nr. 5). Nach Olsh. 30 involviert die Zerstörungsabsicht immer die Zueignungsabsicht. Dagegen E 11, 139, R 5, 537.

b) Die Absicht, die Sache dem Berechtigten zurückzugeben, steht der Absicht der Zueignung dann nicht entgegen, wenn die Sache erst nach Aufhebung ihres eigentümlichen wirtschaftlichen Wertes zurückgegeben werden soll. Trägt das Dienstmädchen die Kleider seiner Herrin einmal, so liegt hierin keine Zueignung, wohl aber ist Zueignung darin zu finden, daß der Betrag des Sparkassenbuchs erhoben wird, auch wenn das Sparkassenbuch selbst wieder an seine Stelle gelegt werden soll. So E 10, 369. 22, 29. 26, 152. Dagegen Bauke, Arch. 40, 111, Dörr, GS 52, 1 ff., Meyer 244. 686, v. Liszt § 127, Olsh. 29, Binding, Lehrb. 265 (Betrug), Schneider, Ztschr. 14, 36, Feisenberger, Die widerrechtliche Hebung fremder Sparkassenguthaben (1895) (Unterschlagung). Binding a. a. O. giebt zu, daß Diebstahl vorliegt, wenn jemand einem andern eine Fahrkarte wegnimmt in der Absicht, sie zu benutzen und durchlocht zurückzugeben. Darauf, daß Fahrkarten (meist) durchlocht werden, kann es aber doch unmöglich ankommen. Das Abschreiben der abgehobenen Summen in Sparkassenbüchern hat keine geringere Bedeutung. Wie wäre es, wenn eine Bahnverwaltung (wie es ja bei Kilometerbillets wohl vorkommt) auf die Idee des Abschreibens und eine Sparkassendirektion auf die des Durchlochens verfiele? Beabsichtigt der Wegnehmende, die Sache zu verpfänden und nach erfolgter Auslösung zurückzugeben, so liegt keine Zueignungsabsicht vor, weil dem Berechtigten die Sache weder ihrer Substanz noch ihrem Werte nach entzogen werden soll. Darauf, ob der Thäter auf die Möglichkeit der Wiedereinlösung hoffen durfte, kommt es nur insofern an, als hieraus auf die Absicht der Rückgabe geschlossen werden kann. Ebenso Binding, Lehrb. 264, Olsh. 30. Zu weit gehen v. Liszt § 127, E 9, 382. 11, 68, wenn sie nur bei gegründeter Aussicht der Einlösung die Zueignungsabsicht ausschließen. Eine andere Frage ist die, ob in der Absicht, eine Sache als Pfand zu besitzen (bei eigenmächtiger Pfändung), die Absicht rechtswidriger Zueignung liegt. Sie ist zu bejahen, wenn der Wegnehmende eventuellen Verkauf beabsichtigt (vergl. jedoch unten 3), zu verneinen, wenn er nur einen Zwang auf den Schuldner ausüben will. E 1, 193. 12, 88.

c) Den Gegensatz zu dem eigenen Interesse des Wegnehmenden bildet das des Berechtigten. Hieraus folgt einerseits, daß es an der Zueignungs-

Digitized by Google

absicht fehlt, wenn der Wegnehmende die Sache im Interesse des Berechtigten verwenden will (vergl. § 370 Nr. 6), anderseits, daß Zueignungsabsicht auch dann vorliegt, wenn der Wegnehmende die Sache an einen dritten weitergeben will, gleichgiltig, ob entgeltlich oder unentgeltlich, gleichgiltig, ob der dritte von vornherein in den Plan eingeweiht war oder nicht. Dies wird fast allgemein anerkannt (s. jedoch Borchert, Die strafrechtl. Verantwortlichkeit [1888] 100), folgt indessen mit Bestimmtheit nur aus der hier vertretenen Auffassung vom Wesen der Zueignungsabsicht.

3. Die beabsichtigte Zueignung muß eine rechtswidrige sein, und der Wegnehmende muß wissen, daß sie es ist. Rechtswidrig ist aber die Zueignung, wenn sie mit dem Eigentumsrechte des Berechtigten in Widerspruch steht. Dieser Widerspruch liegt nicht vor bei Einwilligung des Eigentümers, ferner dann nicht, wenn der Wegnehmende einen fälligen Anspruch auf Übereignung der individuellen Sache hat. Vergl. auch o. III 2 b γ und BGB § 910. Die Annahme, daß einer dieser Umstände gegeben sei, beseitigt das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit auch dann, wenn er in Wahrheit fehlt, z. B. irrtümliche Annahme, daß der Eigentümer mit der Zueignung einverstanden sei, bzw. bei erlangter Kenntnis sein werde. Vergl. § 246 III a. E. Nimmt der Gläubiger die seiner Forderung entsprechende Geldsumme dem Schuldner eigenmächtig weg, so handelt er zwar objektiv rechtswidrig, subjektiv aber wird ihm das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit meist fehlen. So die herrschende Lehre. Vergl. bes. E 2, 184, Olsh. 34.

VIII. Über den **Versuch** vergl. oben VII.

IX. Über die Frage, wer durch den Diebstahl **verletzt** ist, s. § 247 I.

X. Was die Möglichkeit einer **Idealkonkurrenz** mit § 242 betrifft, so ist vor allem zu beachten, daß an einer Reihe von Sachen kein gemeiner Diebstahl begangen werden kann, obwohl sie im fremden Eigentum und Gewahrsam stehen. Im Anschluß an Lehr (An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? [1894]) kann man diese Sachen als „privilegierte" bezeichnen, obwohl genau genommen nicht die Sachen oder deren Eigentümer, sondern der Wegnehmende privilegiert ist. Die Privilegierung beruht hauptsächlich auf den durch EG § 2 aufrecht erhaltenen Feld- und Forstdiebstahlsgesetzen. Außerdem s. StGB §§ 168. 247. 291. 367 Nr. 1. 370 Nr. 2. 5. Soweit die Privilegierung reicht, ist Idealkonkurrenz ausgeschlossen (lex specialis derogat legi generali). Ebensowenig ist Idealkonkurrenz mit Raub (§ 249) möglich, wohl aber mit den Delikten der §§ 133. 137. Qualifizierte Fälle s. §§ 243—245, MStGB §§ 127. 134. 138.

§ 243.

Auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren ist zu erkennen, wenn

1. aus einem zum Gottesdienste bestimmten Gebäude Gegenstände gestohlen werden, welche dem Gottesdienste gewidmet sind;
2. aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen gestohlen wird;
3. der Diebstahl dadurch bewirkt wird, daß zur Eröffnung eines Gebäudes oder der Zugänge eines umschlossenen Raumes, oder zur Eröffnung der im Innern befindlichen Thüren oder Behältnisse falsche Schlüssel oder andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge angewendet werden;
4. auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze, einer Wasserstraße oder einer Eisenbahn, oder in einem Postgebäude

Digitized by Google

oder dem dazu gehörigen Hofraume, oder auf einem Eisenbahnhofe eine zum Reisegepäck oder zu anderen Gegenständen der Beförderung gehörende Sache mittels Abschneidens oder Ablösens der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel, oder durch Anwendung falscher Schlüssel oder anderer zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmter Werkzeuge gestohlen wird;

5. der Dieb oder einer der Teilnehmer am Diebstahle bei Begehung der That Waffen bei sich führt;
6. zu dem Diebstahle Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben, oder
7. der Diebstahl zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude, in welches sich der Thäter in diebischer Absicht eingeschlichen, oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, begangen wird, auch wenn zur Zeit des Diebstahls Bewohner in dem Gebäude nicht anwesend sind. Einem bewohnten Gebäude werden der zu einem bewohnten Gebäude gehörige umschlossene Raum und die in einem solchen befindlichen Gebäude jeder Art, sowie Schiffe, welche bewohnt werden, gleich geachtet

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

I. Die Stelle behandelt den **schweren Diebstahl.**

II. **Zu Nr. 1.**

1. **Zum Gottesdienste bestimmt** ist ein Gebäude (s. III 1) erst dann, wenn es thatsächlich gottesdienstlichen Zwecken überwiesen ist. Eine noch einzuweihende Kirche gehört nicht hierher. Das Gebäude *als solches* muß zum Gottesdienste bestimmt sein. Dem steht nicht entgegen, daß einzelne Räume (Wohnung des Glöckners, Konfirmandensaal) andern Zwecken dienen. Anderseits aber wird ein profanes Gebäude nicht dadurch ein zum Gottesdienst bestimmtes, daß etwa der Eigentümer einzelne Zimmer zum Gottesdienste seiner Religionsgesellschaft hergegeben hat. A. A. Hälschner 2, 314, Olsh. 4, Oppenh.-Del. 8, welche entgegen dem Wortlaute annehmen, daß Diebstahl aus einem zum Gottesdienst bestimmten *Raum* erforderlich und genügend sei.
2. Die Sachen müssen *aus* einem zum Gottesdienst bestimmten Gebäude gestohlen werden, d. h. sie müssen sich zur Zeit der That darin befinden. Daß der Dieb selbst das Gebäude betrete, ist nicht erforderlich.
3. Die Sachen müssen **dem Gottesdienste gewidmet,** also zu liturgischen Zwecken bestimmt sein (Abendmahlsgerätschaften, Kruzifix auf dem Altar). Dem Privatgebrauche beim Gottesdienste dienende Sachen gehören nicht hierher, z. B. Gesangbücher, deren sich die Gemeindemitglieder bedienen können. Die Praxis nimmt an, daß als dem Gottesdienste gewidmet auch solche Sachen anzusehen sind, deren Benutzung die Feierlichkeit erhöht (Altarkerzen). Vergl. Oppenh.-Del. 12.

III. **Zu Nr. 2.**

1. **Gebäude** bezeichnet ein allseitig umschlossenes (mit Wänden und Dach versehenes), in den Luftraum ragendes, den Eintritt von Menschen gestattendes Bauwerk, das derartig unbeweglich ist, daß es ohne Zerlegung in seine Teile nicht von der Stelle geschafft werden kann. So die herrschende Lehre, wenn auch mit teilweise abweichender Formulierung. E 3, 111. 4, 433. 10, 103. Künstlerwagen oder Schäferkarren sind, weil beweglich, keine Gebäude. Feste Verbindung mit dem Grund und Boden ist nicht erforderlich; es genügt Unbeweglichkeit durch eigne Schwere. E 10, 103. Eben-

Digitized by Google

sowenig ist erforderlich, daß der Standort des Gebäudes als dauernder gedacht sei; daher sind auch Zirkus- oder Ausstellungsgebäude hierher zu rechnen. Anderseits sind Bergwerkstollen, weil nicht in den Luftraum hineinragend, keine Gebäude. Ebenso E 8, 411, jedoch deshalb, weil sie nicht zum Schutze von Menschen oder Tieren dienen. Ein unter Dach stehender, wenn auch noch unbewohnter, Neubau ist Gebäude; dagegen nicht eine auf einer Seite offene Marktbude, ebensowenig eine Laube. Eine Hundehütte ist, insofern sie den Eintritt von Menschen nicht gestattet, kein Bauwerk. E 7, 262. Einzelne Urteile des RG, z. B. E 10, 103, fordern zum Unterschiede von der Hütte eine dem Zwecke des Schutzes von Menschen oder Tieren entsprechende Dauerhaftigkeit und Festigkeit des Baumaterials (bedenklich). — Der Umstand, daß der Thäter Bewohner des Gebäudes ist, steht der Anwendbarkeit der Stelle nicht entgegen. E 30, 388.

2. **Umschlossener Raum** ist ein Teil der Erde, dessen Betreten durch nicht ganz leicht zu überwindende ringsum vorhandene Hindernisse Unbefugten verwehrt ist. Schiffe und Künstlerwagen sind, weil sie keine Teile der Erde umschließen, kein umschlossener Raum. E 4, 433. A. A. Meyer 559. Wohl aber Bergwerksschachte und -Stollen, sofern der Eingang durch Hindernisse der bezeichneten Art verwahrt ist. E 8, 411. A. A. Binding, Lehrb. 298. Ein überschreitbares Hindernis genügt nicht. Will man die Entscheidung nicht von reinen Zufälligkeiten abhängig machen, so darf man auf einzelne Lücken in der Umschließung kein Gewicht legen. Deshalb steht auch das Vorhandensein einer unverschlossenen, selbst das einer offenen Thür dem Begriff des umschlossenen Raumes nicht entgegen. Ebenso Binding, Lehrb. 298. Etwas enger E 13, 423, welches Urteil den Fall ausnehmen will, daß der Zugang überhaupt unverschließbar und ohne Schwierigkeiten zu benutzen ist, oder, obwohl verschließbar, nicht nur zur Zeit des Diebstahls, sondern fortwährend oder doch regelmäßig für jeden sichtbar offen steht. Ähnlich E 7, 262. Dagegen legt Olsh. 8 Gewicht darauf, daß der Dieb die Existenz des unverschlossenen Eingangs nicht gekannt haben dürfe oder ihn doch wenigstens aus Furcht vor Entdeckung nicht habe benutzen wollen. Nach Oppenh.-Del. 21 hebt das Vorhandensein eines unverschließbaren Eingangs den Begriff des umschlossenen Raumes ohne weiteres auf. E 32, 141 will beim Vorhandensein einer unverschlossenen Thür den Begriff des umschlossenen Raumes dann nicht anwenden, wenn der Zugang „offensichtlich ein derartiger ist, daß er von jedermann frei und ungestört benutzt werden kann". — Die Praxis hat vielfach die Umschließung durch natürliche Schutzwehren der durch künstliche gleichgeachtet. Mit Unrecht; denn der Wille des Besitzers kann nur durch künstliche Vorrichtungen zum erkennbaren Ausdrucke gebracht werden. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb eine Flußinsel ohne weiteres ein umschlossener Raum sein sollte. Dagegen hat man mit Recht aus dem Zwecke der Umschließung gefolgert, daß der Raum genügend sein müsse, um das Betreten durch Menschen von normaler Größe zu gestatten. E 7, 262.

3. Der Umstand, daß das Objekt des Diebstahls aus einem Gebäude oder umschlossenen Raume weggenommen wird, genügt für sich allein nicht zum Thatbestande des schweren Diebstahls. Es muß vielmehr eine die Intensität des verbrecherischen Entschlusses beweisende Art der Ausführung hinzukommen, d. h. der Diebstahl muß **mittels Einbruchs, Einsteigens oder Erbrechens von Behältnissen** ausgeführt werden und zwar in dem Sinne, daß eine dieser Handlungen gerade zu dem Zwecke des Diebstahls vorgenommen wurde. Wer in ein fremdes Haus einsteigt, um darin zu nächtigen, und erst zufolge eines in dem Hause gefaßten Entschlusses eine darin vorgefundene Sache wegnimmt, begeht keinen schweren Diebstahl. E 8, 440, R 8, 327. War der Vorsatz des Diebes auf Wegnahme einer *bestimmten* Sache gerichtet und hat er demnächst die Ausführung dieses Vorsatzes freiwillig aufgegeben, so ist er in dieser Beziehung gemäß § 46 straflos. Der Umstand, daß er nunmehr eine andere Sache

Digitized by Google

entwendet, ändert daran nichts. Selbstverständlich aber haftet er wegen Entwendung dieser Sache unter dem Gesichtspunkte des einfachen Diebstahls. Ein fortgesetztes Delikt kann man in derartigen Fällen deshalb nicht annehmen, weil es an der Einheitlichkeit des Erfolges in dem § 74 V 6a erläuterten Sinne fehlt. Übereinstimmend bes. Meyer 560. A. A. E 14, 312 (vereinigte Strafsenate), Binding, Lehrb. 298. Das RG nimmt einheitliche Handlung und darum schweren Diebstahl an (a. a. O. S. 315 Z. 14 v. u.). Anders soll es sein (a. a. O. S. 317 Z. 5 v. u.), wenn nach dem Einbruche das beabsichtigte Stehlen aufgegeben und demnächst infolge eines neuen Diebstahlsvorsatzes ein neuer Diebstahl verübt wird. Das trifft aber doch hier zu. Wegen des Falles, daß der Thäter einstieg usw., um zu „stehlen", dann aber nur den Thatbestand des Mundraubs erfüllte, oder umgekehrt einstieg, um Genußmittel zu entwenden, dann aber einen gemeinen Diebstahl beging, s. § 370 Nr. 5.

Hat der Dieb zuerst versucht, die Sache mittels Einsteigens usw. zu erlangen, dann aber thatsächlich in der Form des einfachen Diebstahls weggenommen, so nimmt die Praxis Idealkonkurrenz zwischen versuchtem schweren und vollendetem einfachen Diebstahl an. Nach den Ausführungen des § 73 VII 2b würde dagegen nur der letztere vorliegen. Schwierigkeiten bereitet auch der Fall, daß der Dieb einbricht, gestört wird, aber bei anderer Gelegenheit unter Benutzung der früher gemachten Öffnung den Zugang erlangt und nun wirklich stiehlt. Nimmt man zwei selbständige Handlungen an, so konkurrieren versuchter schwerer Diebstahl und vollendeter einfacher; nimmt man nur eine Handlung an, so liegt vollendeter schwerer Diebstahl vor. Man wird aber das erstere nur dann annehmen dürfen, wenn in der Zwischenzeit der Dieb den Entschluß, die Sache auf diesem Wege zu erlangen, aufgegeben hatte und demnächst den Diebstahl auf Grund eines neuen Entschlusses ausführt. Vgl. Olsh. 25 und über die ganze Lehre Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz (1900) 71 ff.

4. **Einbruch** bezeichnet die gewaltsame mit Verletzung der Sachsubstanz verbundene Beseitigung der Hindernisse. So v. Liszt § 128; sachlich auch Olsh. 17, während die herrschende Lehre eine Verletzung nicht fordert. So z. B. Binding, Lehrb. 299, E 4, 353, wo das gewaltsame Auseinanderbiegen der Flügel eines Scheunenthors als Einbruch bezeichnet wird. Der Einbruch muß von außen her erfolgen, so daß sich der Dieb das Gebäude oder den umschlossenen Raum durch das Einbrechen zugänglich macht. E 30, 122. Daß er selbst eingetreten sei, ist dagegen nicht notwendig; es genügt Zugänglichmachung für die Hände oder Instrumente.

5. **Einsteigen** bedeutet: Betreten eines Gebäudes oder umschlossenen Raumes durch eine hierzu nicht bestimmte Öffnung, nachdem ein dem Eintritte entgegenstehendes Hindernis durch Steigen beseitigt worden ist. — Steigen ist schon dem Sprachgebrauche nach nicht gleichbedeutend mit einem Heben des Körpers („Abstieg"); daher ist auch das Einkriechen als Einsteigen anzusehen. So die meisten, auch R 7, 348. 8, 601. Abweichend E 6, 186. — Bildet eine mit einer Leiter versehene Dachluke den regelmäßigen Zugang, so wird durch Benutzung dieses Weges der Begriff des Einsteigens nicht erfüllt. R 2, 46. — Ebenso entfällt der Begriff des Einsteigens, wenn es an einem sachlichen Hindernis fehlt. Genauer: wenn das Hindernis überwunden wird ohne Änderung der ganzen horizontalen Lage des Körpers, so liegt kein Einsteigen vor. Überschreiten ist daher kein Einsteigen. R 1, 470. 4, 475. 7, 10. E 20, 209. Wohl aber Überspringen, sofern ein solches erforderlich war. — Durch das Einsteigen muß der Dieb den Zugang zu dem Gebäude oder umschlossenen Raume selbst erlangt haben, mag dies dadurch geschehen sein, daß er aus dem Freien oder dadurch, daß er von einem andern Gebäude aus eingestiegen ist. Ein Einsteigen innerhalb desselben Gebäudes genügt dagegen nicht. R 2, 46. E 8, 102. 30, 122, Oppenh.-Del. 33, Rüd.-Stengl. 47. A. A. Binding, Lehrb. 299, Hälschner 2, 321, Olsh. 21. Ebensowenig ein Einsteigen in ein anderes Gebäude, von dem aus dann in ordnungs-

Digitized by Google

gemäßer Weise der Zugang in dasjenige erlangt wird, aus dem gestohlen wird. R 2, 46. — Im Gegensatz zum Einbrechen ist bei dem Einsteigen erforderlich, daß der Dieb in eigener Person in das Gebäude usw. gelangt sei. E 24, 86. Und zwar ist Betreten mindestens mit einem Fuße erforderlich. Ähnlich E 4, 175, vergl. dagegen Oppenh.-Del. 33 (entscheidend sei der Schwerpunkt des Körpers). Ein Hinaufklettern an dem Gebäude genügt zweifellos nicht.

6. **Behältnis** ist jeder die Sachen allseitig deckende, zur Aufnahme von Sachen bestimmte Raum (mit Ausnahme des „Gebäudes", des „umschlossenen Raums" und deren Teile), also z. B. Kisten, Truhen, Pulte, Kassenschränke. Die herrschende Lehre dehnt den Begriff des Behältnisses auf Teile des Gebäudes des umschlossenen Raumes, namentlich also auf Zimmer, Speicher, Vorratskammern aus. Vergl. E 1, 316. Dies stimmt weder zu dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens noch zu dem des Gesetzes. In letzterer Beziehung kommt namentlich in Betracht, daß Nr. 3 Thüren neben den Behältnissen erwähnt. Stellte jeder durch eine Thür abgegrenzte Raum ein Behältnis dar, so wäre dies unerklärlich. Nur das wird man zugeben dürfen, daß Wandschränke oder etwa durch Geheimthüren zugängliche kleinere Gelasse als Behältnisse anzusehen sind. Denn die zu diesen führenden Thüren sind wesentlich anderer Art als die in Gebäuden befindlichen. Gegen die herrschende Lehre auch Hälschner 2, 318. — Ob der Verschluß durch Riegel oder Schlösser im technischen Sinne oder durch Zunähen oder Zusiegeln bewirkt ist, ist gleichgiltig. Auch braucht der Verschluß nicht als Maßregel gegen das Zugreifen Unberechtigter zu erscheinen. R 1, 832. 8, 536. Dagegen erklärt E 20, 165, daß ein mit Federn gefülltes Bettkissen nicht als Behältnis angesehen werden könne, weil ihm keine von seinem Inhalte verschiedene selbständige Bedeutung zukomme. Daß ein Bilderrahmen kein Behältnis ist, spricht (in Übereinstimmung mit der oben gegebenen Definition) E 30, 207 aus.

Das **Erbrechen des Behältnisses** setzt ebenso wie das „Einbrechen" eine Verletzung der Sachsubstanz voraus. Ebenso v. Liszt § 128, Olsh. 23. A. A. die herrschende Lehre. — Das Erbrechen muß innerhalb des Gebäudes oder umschlossenen Raumes stattfinden, weil nur unter dieser Voraussetzung mittels Erbrechens usw. aus dem Gebäude usw. gestohlen wird. E 7, 419. 30, 388. Hat also der Dieb die Frechheit, das ganze Behältnis mitzunehmen, so begeht er nur einen einfachen Diebstahl! — Die herrschende Lehre erklärt es für gleichgiltig, ob der Dieb durch Erbrechen des Behältnisses das Objekt des Diebstahls direkt erlangt oder nur ein Mittel, um zu dem Objekt zu gelangen, z. B. den Schlüssel zu einem Zimmer. R 3, 102.

Die fast allgemein aufgestellte Behauptung, daß durch das Erbrechen des Behältnisses (und den Einbruch) die Sachbeschädigung konsumiert werde, trifft nicht zu, da Fälle denkbar sind, bei denen trotz des Erbrechens eine Sachbeschädigung nicht begangen wird, mithin keine sog. Gesetzeskonkurrenz, sondern Idealkonkurrenz vorliegt. Z. B. ein Hotelwirt oder ein sonstiger Vermieter möblierter Zimmer entwendet durch Erbrechen seines Pultes dem Mieter gehörige Sachen. Gegen die herrschende Lehre mit Recht E 15, 12. Vergl. auch E 30, 388. Eben deshalb bleibt der Thäter, der nach der Erbrechung vom Diebstahle zurücktritt, wegen Sachbeschädigung strafbar. Vergl. § 46 IV.

Wer den Gewahrsam an dem Inhalte des Behältnisses hat, kann ihn selbstverständlich nicht „wegnehmen", durch seine Aneignung also höchstens Unterschlagung begehen. Es besteht nun kein Zweifel darüber, daß dem Vermieter eines möblierten Zimmers der Gewahrsam an den Sachen des Mieters nicht zusteht, mag man ihm auch einen Mitgewahrsam an seinen eigenen zuschreiben. Sehr bestritten aber ist die Frage, ob im übrigen der Gewahrsam an einem verschlossenen Behältnisse, dessen Schlüssel sich in den Händen eines andern befindet, sich auch auf die darin befindlichen Sachen erstreckt. Man denke daran, daß ein verschlossener Koffer bei jemanden deponiert wird. E 5, 222 nimmt hier wohl mit Recht Gewahrsam des Depositars auch bezüglich des Inhaltes an.

Digitized by Google

IV. **Zu Nr. 3.** — Im Gegensatz zu Nr. 2 tritt hier als Strafschärfungsgrund nicht der Ort, sondern nur das Mittel der Ausführung auf. Das Objekt des Diebstahls braucht sich somit nicht in dem Gebäude oder umschlossenen Raume zu befinden, zu dessen Eröffnung usw. falsche Schlüssel usw. angewendet werden. Wer mittels eines Dietrichs aus dem einen Gebäude den Schlüssel erlangt, der zu einem andern Gebäude gehört, und aus diesem letzteren Sachen stiehlt, fällt unter Nr. 3. Im übrigen ist der Satz „dadurch bewirkt wird, daß . . ." nur eine Auflösung der in Nr. 2 gebrauchten Präposition „mittels"; die Ausführungen unter III 3 gelten deshalb auch hier.

1. **Falsch ist ein Schlüssel** dann, wenn er von dem Berechtigten zur ordnungsgemäßen Eröffnung nicht oder nicht mehr bestimmt ist, daher auch der verloren gegangene Schlüssel, sobald der Berechtigte einen Ersatzschlüssel erworben oder das Suchen aufgegeben hat. E 5, 17. Ebenso ein Schlüssel zu Mietsräumen, den der Vermieter ohne Wissen des Mieters zurückbehält. E 11, 436. Stets aber setzt die Stelle voraus, das ein Verschluß vorhanden ist, der ordnungsgemäß nur mittels eines bestimmten Schlüssels geöffnet werden soll. E 27, 285. 29, 388, Urt. d. RG.'s v. 7./2 1902, Arch. 49, 128.
2. **Als andere zur ordnungsmäßigen Eröffnung nicht bestimmte Werkzeuge** kommen hier nur solche in Betracht, die den Verschlußmechanismus in Bewegung setzen und zu diesem Zwecke benutzt werden. Einführung durch das Schlüsselloch ist dagegen nicht erforderlich. E 27, 285. Als Verschluß genügt nur ein Schloß oder eine schloßähnliche Vorrichtung, z. B. ein Riegel. R 6, 516. Ein Eröffnen liegt nach E 34, 45 nicht vor, wenn jemand durch Einwerfen von Knöpfen oder Metallstücken den Mechanismus eines Automaten in Funktion setzt. Ebenso Binding, Lehrb. 294. — Auch hier gilt das unter 1 Gesagte. E 11, 360.

V. **Zu Nr. 4.** — Die Stelle dehnt den Schutz, welchen die vorige Nummer den in Gebäuden und umschlossenen Räumen befindlichen Sachen gewährt, auf solche Sachen aus, die sich auf öffentlichen Wegen usw. befinden, sofern diese Sachen zum Reisegepäck oder zu andern Gegenständen der Beförderung gehören. Als nur in der Art der Ausführung gelegener Qualifikationsgrund tritt aber das Abschneiden oder Ablösen der Befestigungs- oder Verwahrungsmittel hinzu. Der innere Grund der Strafschärfung liegt hier in dem Interesse an der Sicherheit des Verkehrs. Dies vorausgesandt, ist über die einzelnen Thatbestandsmomente folgendes zu bemerken:

1. Über **öffentliche Wege und Plätze** s. § 116 I. **Straßen** sind nach der Auffassung des Gesetzgebers stets öffentlich. Wasserstraßen gehören nur insofern hierher, als sie dem öffentlichen Verkehre nicht nur zugänglich sind, sondern auch thatsächlich zum öffentlichen Verkehre benutzt werden. Die offene See ist, wie aus § 250 Nr. 3 folgt, keine Wasserstraße. E 33, 57. Wegen der Häfen vergl. E 33, 371. Darüber, daß zu den **Eisenbahnen** nur die dem allgemeinen Verkehre offenstehenden zählen, ist man einig. Wenn man darüber streitet, ob nur Dampf- (elektrische) oder auch Pferdebahnen, so ist diese Frage müßig, da Pferdebahnen doch nur auf öffentlichen Wegen oder Straßen vorhanden sind. Auch liegt nicht der geringste Grund vor, Lokal- oder Kleinbahnen auszunehmen, da — abgesehen von dem erwähnten Grunde — nicht ersichtlich ist, weshalb der Verkehr auf ihnen in geringerem Maße geschützt sein soll. Ist ein auf einer solchen Bahn mitgeführter Koffer auch nicht „Reisegepäck", so ist er doch „ein anderer Gegenstand der Beförderung". Am ausführlichsten über die Streitfragen Loock, Der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen (1893) 153 ff. Mit Recht hebt Olsh. 37 hervor, daß unter Eisenbahn nur das auf dem Schienenwege beförderte Fahrzeug, nicht der Schienenweg selbst zu verstehen sei. Auch ist Binding, Lehrb. 303 darin beizutreten, daß privaten Zwecken dienende Eisenbahnen nicht hierher gehören. — Zum **Eisenbahnhof** gehören nicht nur Stationsgebäude, sondern auch die sonstigen zum Bahnbetriebe verwendeten Gebäude, der Bahnsteig, sowie die von diesen Partieen gedeckten und die sie verbindenden Schienenstränge.
2. Zum **Reisegepäck** gehören alle Sachen, die ein auf der Reise begriffener Mensch mit

Digitized by Google

sich führt. So E 6, 394, welches Urteil auch die den Transportführern gehörigen Sachen hierher rechnet. Bei Bahnreisen speziell wird man den Beginn der Reise mit dem Betreten des Bahnhofs zusammenfallen lassen müssen, vorausgesetzt natürlich, daß die Absicht besteht, sich mittels der Bahn an einen andern Ort zu begeben. Auf der Ankunftsstation hört das Gepäck erst dann auf, Reisegepäck zu sein, wenn es vom Bahnhofe weggebracht ist. Dementsprechend nimmt E 13, 243 bezüglich der **sonstigen Gegenstände der Beförderung** an, daß die Verbringung auf den Bahnhof zum Zwecke der Beförderung genüge und eine förmliche Übergabe an den zuständigen Bediensteten nicht notwendig sei. Zum Reisegepäck und zu den sonstigen Gegenständen der Beförderung hat man wohl mit E 5, 157 nicht nur die ganzen Stücke, sondern auch deren Inhalt zu rechnen. Vergl. darüber Binding, Lehrb. 302.

3. Zum Begriffe der **Befestigungs- oder Verwahrungsmittel** gehört es nicht, daß sie einen Bestandteil des Transportmittels selbst ausmachen. E 5, 157 (z. B. Säcke). Mit Unrecht aber dehnt die herrschende Lehre das **Abschneiden oder Eröffnen** wider den Wortlaut auf jedes gewaltthätige Eröffnen oder Beseitigen aus. E 5, 157. 6, 177. 8, 287. Dagegen mit Recht Merkel in Holtzend. Handb. 3, 680. Die herrschende Lehre erklärt z. B. das Aufschneiden oder Aufstechen eines Sackes für Abschneiden.
4. Wegen der Anwendung falscher Schlüssel usw. s. oben IV 1 u. 2.
5. Vergl. auch III 3.

VI. **Zu Nr. 5.** — Daß unter den Begriff der **Waffe** auch gefährliche Werkzeuge im Sinne des § 223a fallen, wird meist zugegeben, so von Olsh. 46, Oppenh.-Del. 74, Meyer 561. A. A. jedoch Binding, Lehrb. 304, Hälschner 2, 329, v. Liszt § 128. Sicher ist auch, daß der Bewaffnete zur Zeit der Begehung anwesend sein muß, und daß der eine Teilnehmer nur dann für den Waffenbesitz eines andern haftet, wenn er darum weiß. Selbstverständlich ist auch bei eigenem Waffenbesitz das Bewußtsein davon erforderlich. E 12, 69. Sehr bestritten aber ist die Frage, ob der bloße (bewußte) Besitz genügt, oder ob die Absicht erforderlich ist, sich eventuell der Waffe zum Angriffe oder zur Verteidigung, wenn auch nur als Schreckmittel, zu bedienen. Die herrschende Lehre begnügt sich mit dem Besitze. Vergl. Olsh. 46, v. Liszt § 128, Hälschner 2, 326, Oppenh.-Del. 74. Dagegen heben v. Buri, Beilageheft z. GS 29, 29 und Binding, Lehrb. 303 mit Recht hervor, daß schon dem Wortsinne nach „Beisichführen" einen Hinweis auf einen bestimmten Zweck in sich schließe. Ähnlich Meyer 562. Die herrschende Lehre führt zu unhaltbaren Konsequenzen. So müßte z. B. das Dienstmädchen auf Grund der Nr. 5 bestraft werden, wenn es einen Diebstahl begeht, während es gerade die Pistole seines Herrn zum Waffenmacher trägt, um sie reparieren zu lassen.

VII. **Zu Nr. 6.** — Sog. **Bandendiebstahl. Verbindung zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl** ist nicht im Sinne eines fortgesetzten Delikts zu nehmen, sondern bedeutet Vereinigung zur Begehung unbestimmt welcher Raub- oder Diebstahlsdelikte. Der Umstand, daß verabredetermaßen nur Sachen gewisser Art oder bei gewissen Gelegenheiten gestohlen werden sollen, enthält keine den Begriff des Bandenmäßigen beseitigende Individualisierung. E 9, 296. A. A. Geyer in Holtzend. Handb. 2, 416. Da das Gesetz Vereinigung zur fortgesetzten Begehung fordert, so muß ihrem Sinne nach jeder bereit sein, eventuell den Thäter zu spielen. Olsh. 47. Im Einzelfalle aber genügt jede Mitwirkung. A. A. Rüd.-Stengl. 31.

VIII. **Zu Nr. 7.** — Als bewohnt muß ein Gebäude oder Schiff gelten, wenn es einem Menschen zur ordnungsgemäßen Nachtruhe dient. So v. Liszt § 128. Die **Nachtzeit** als Zeit der That ist nicht, wie häufig, z. B. von v. Liszt § 128, angenommen wird, gleichbedeutend mit Nachtruhe, sondern umfaßt die Zeit vom Schlusse der Abenddämmerung bis zum Beginn der Morgendämmerung. E 3, 309, R 5, 148. — **Einschleichen** bedeutet ein unter Vermeidung von Geräusch bewirktes, heimliches und absichtlich der Wahrnehmung anderer entzogenes Eintreten, zu dem aber im übrigen keine besonderen Veranstaltungen erforderlich sind. So E 5, 400. Einschleichen kann sich nur ein Haus-

Digitized by Google

fremder. E 32, 310. — **Verbergen** kann sich auch ein Bewohner des Hauses. E 32, 310. — Bestritten ist die Frage, ob es für den qualifizierten Thatbestand genügt, wenn das Einschleichen und das Wegnehmen in einem Zuge erfolgt, oder ob ein gewisser Zeitraum dazwischen liegen muß. Am weitesten geht die Ansicht, welche ein Einschleichen vor Beginn der Dunkelheit fordert. So z. B. v. Schwarze 40. Dagegen verneint die herrschende Lehre mit dem RG das Erfordernis eines zeitlichen Zwischenraumes. E 2, 223. 4, 127. 10, 280, v. Liszt § 128, Olsh. 57, Oppenh.-Del. 90. Indessen wird diese Ansicht dem Gebrauche des Plusquamperfektums nicht gerecht. Daher verdient die mittlere Ansicht den Vorzug, nach der zwischen dem Einschleichen und dem Wegnehmen ein gewisser Zeitraum liegen muß, sodaß sich der Thäter vor der Wegnahme länger in dem Gebäude usw. aufgehalten haben muß, als erforderlich war, um zu der Sache zu gelangen. Ähnlich wohl Merkel in Holtzend. Handb. 3, 684.

IX. Wegen des **Vorsatzes** gilt die allgemeine Regel, daß Thäter und Teilnehmer diejenigen Umstände kennen müssen, welche die Strafbarkeit gegenüber dem einfachen Diebstahl erhöhen.

X. Wegen des **Versuchs** s. § 43 III 2. Im Falle der Nr. 7 speziell liegt schon in dem Einschleichen oder Sichverbergen ein Anfang der Ausführung.

XI. **Idealkonkurrenz** ist mit Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch möglich. S. oben III 6. Die Gründe, welche für die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz mit Sachbeschädigung sprechen, sprechen auch für die einer Idealkonkurrenz mit Hausfriedensbruch. A. A. die herrschende Lehre. — Militärisch qualifizirte Fälle s. MStGB. §§ 127 ff. 138.

§ 244.

Wer im Inlande als Dieb, Räuber oder gleich einem Räuber oder als Hehler bestraft worden ist, darauf abermals eine dieser Handlungen begangen hat, und wegen derselben bestraft worden ist, wird, wenn er einen einfachen Diebstahl (§ 242) begeht, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, wenn er einen schweren Diebstahl (§ 243) begeht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt beim einfachen Diebstahl Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten, beim schweren Diebstahl Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

§ 245.

Die Bestimmungen des § 244 finden Anwendung, auch wenn die früheren Strafen nur teilweise verbüßt oder ganz oder teilweise erlassen sind, bleiben jedoch ausgeschlossen, wenn seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre verflossen sind.

I. Beim Diebstahl wird der **Rückfall** als Strafschärfungsgrund verwendet (§§ 250 Nr. 5. 261. 264), aber nicht der ungleichartige (generelle), sondern nur der gleichartige (spezielle) Rückfall, d. h. der durch Vorbegehung gewisser verwandter Delikte begründete; auch nicht der einmalige, sondern nur der wiederholte Rückfall.

II. **Die näheren Voraussetzungen der Rückfallsstrafe** sind, zeitlich geordnet, folgende:

1. Der Thäter muß im Inlande als Dieb (§§ 242. 243) oder als Räuber (§§ 249—251) oder gleich einem Räuber (§§ 252. 255) oder als Hehler (§§ 258—260) (kriminell, nicht bloß disziplinarisch) bestraft (s. u. III) worden sein.

Digitized by Google

Die herrschende Lehre nimmt an, daß eine Bestrafung wegen Anstiftung oder Beihilfe der wegen Thäterschaft gleichstehe. R 4, 223, E 2, 261. S. darüber § 50 II. A. A. Wächter, Deutsches Strafrecht (1881) 435. Desgleichen hält die herrschende Lehre eine Bestrafung wegen Versuchs für ausreichend. R 4, 40. — Wegen Verurteilung in Idealkonkurrenz mit einem andern Delikte vergl. § 73 V. Haben sich die Deliktsbegriffe seit der Zeit der Vorbestrafung geändert, so sind stets die des Strafgesetzbuches maßgebend. Denn als Dieb kann gegenüber dem Gesetze nur gelten, wer Dieb in seinem Sinne ist. Betrifft daher eine der Vorstrafen einen Fall, der sich nach heutigem Rechte nicht als Diebstahl, sondern als Mundraub darstellt, so ist Rückfall nicht begründet. Ebenso Meyer 413, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 688, Rüd.-Stengl. 9. A. A. Olsh. 11, Oppenh.-Del. 5 zu § 244, R 8, 169. 10, 453. Daß auf den bloßen Namen nichts ankommt, ist selbstverständlich (z. B. Entwendung = Diebstahl). E 8, 418. — Die Bestrafung muß im Inlande erfolgt sein. Demnach (vergl. § 8) genügt eine im heutigen Reichsgebiete erfolgte Vorbestrafung. E 21, 19. Dies gilt auch dann, wenn das Gericht ein außerdeutsches (französisches) war. Verurteilung durch ein deutsches Konsulargericht oder durch ein Gericht in den deutschen Schutzgebieten stellte die herrschende Lehre schon seither der inländischen Verurteilung gleich. S. bes. Beling, Die strafrechtliche Bedeutung der Exterritorialität (1896) 181 ff.) In Wahrheit aber ist die Entscheidung erst von der nach dem Konsulargef. v. 7./4 1900 § 26 zu erlassenden Kaiserl. Verordnung zu erwarten. — Über den jetzt nahezu unpraktischen Fall, daß die Bestrafung vor der Geltung des StGB.s erfolgt ist, s. Olsh. 8 (5. Aufl.).

2. Nach dieser Bestrafung muß der Thäter abermals eine der bezeichneten Handlungen (nicht notwendig dieselbe) begangen haben. Das oben über Anstiftung, Beihilfe und Versuch Gesagte gilt auch hier.
3. Auch wegen dieser Handlung muß der Thäter bestraft worden sein. S. o. 1. Daß diese Bestrafung wie die erste im Inlande erfolgt sein müßte, sagt das Gesetz zwar nicht mit voller Deutlichkeit, ist aber seinem Sinne nach mit der herrschenden Lehre anzunehmen. Vergl. die bessere Fassung des § 261.

Sind diese Bedingungen erfüllt, so befindet sich der Thäter im Rückfalle, sofern er nach der Bestrafung wegen der zweiten That wiederum einen Diebstahl begangen, auch wenn er nur Anstiftung oder Beihilfe dazu geleistet hat.

III. Bestrafung im Sinne dieser Bestimmung ist, wie sich aus § 245 ergiebt, nicht schlechthin gleichbedeutend mit Verurteilung, auch nicht mit rechtskräftiger Verurteilung, sondern liegt nur dann vor, wenn die Strafe auch verbüßt ist. R 6, 527. (Der erteilte Verweis ist verbüßt.) Jedoch steht

1. die teilweise Verbüßung der gänzlichen und
2. der gänzliche oder teilweise Erlaß der Strafe deren Verbüßung gleich. Als teilweiser Erlaß ist auch die Umwandlung einer Strafe in eine mildere anzusehen.

Beispiel: A wird am 20. März wegen eines Diebstahls zu einer Woche Gefängnis verurteilt und tritt die Strafe am 20. April an. Hat er am 19. April einen weiteren Diebstahl begangen, so genügt die daraufhin erfolgende Verurteilung nicht zur Begründung einer späteren Rückfallsstrafe, wohl aber, wenn der zweite Diebstahl am 21. April (im Gefängnisse) begangen wurde. Die Verurteilung wegen des am 19. April begangenen Delikts würde nur dann ausreichen, wenn etwa am 18. dem Thäter im Gnadenwege die einwöchentliche Gefängnisstrafe ganz oder teilweise erlassen worden wäre.

IV. **Rückfallsverjährung.** — In negativer Beziehung ergiebt sich aus § 245, daß seit der Verbüßung oder dem Erlasse der letzten Strafe bis zur Begehung des neuen Diebstahls zehn Jahre nicht verflossen sein dürfen. Sogenannte Rückfallsverjährung. Dagegen bleibt die zwischen der ersten Vorbestrafung und dem zweiten Diebstahle liegende Zeit gänzlich außer Betracht. E 1, 246. Zu billigen ist dies allerdings nicht.

V. Vergl. §§ 250 Nr. 5. 261. 264. 362. Ges. z. Bekämpfung d. unlauteren Wettbewerbs § 4.

Digitized by Google

§ 246.

Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich rechtswidrig zueignet, wird wegen Unterschlagung mit Gefängnis bis zu drei Jahren und, wenn die Sache ihm anvertraut ist, mit Gefängnis bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

I. Der Thatbestand der **Unterschlagung** hat mit dem des Diebstahls gemein, daß sich beide Delikte gegen eine in **fremdem Eigentum stehende bewegliche Sache** wenden. Während aber beim Diebstahl die Sache gleichzeitig eine in fremdem Gewahrsam stehende ist, befindet sie sich umgekehrt bei der Unterschlagung gerade im **Gewahrsam des Thäters.** Schon daraus ergiebt sich, daß die Unterschlagungshandlung nicht eine Wegnahme sein kann, sondern in irgend einer andern Thätigkeit bestehen muß. S. u. III. Ferner ergiebt sich, daß bei der Unterschlagung lediglich der Eigentümer als der Verletzte erscheint.

II. Im einzelnen ist zu den Merkmalen der Unterschlagung Folgendes hervorzuheben:

1. **Objekt der Unterschlagung** kann stets nur eine **körperliche Sache** sein. Vergl. § 242 I. Insbesondere kann eine Unterschlagung nicht an einer Forderung begangen werden. S. Draheim, Untreue u. Unterschlagung (1901) 29. Wer über eine fremde Forderung zu Ungunsten des Gläubigers verfügt, macht sich je nach Umständen der Untreue (§ 266) oder des Betrugs (§ 363) schuldig. Selbstverständlich aber ist Unterschlagung an den einzelnen Geldstücken ebensowohl möglich wie an den Forderungsdokumenten. E 12, 313.
2. Über das Erfordernis der **Beweglichkeit** der Sache s. § 242 II.
3. Die Sache muß für den Thäter **fremd** sein, d. h. in fremdem Eigentum stehen. Ebenso wie beim Diebstahl ist der Eigentumsbegriff stets im Sinne des maßgebenden bürgerlichen Rechts zu nehmen. So auch das RG in zahlreichen Entscheidungen, z. B. E 1, 343. 22, 354. Daß sich der Darlehnschuldner durch Weigerung der Rückzahlung keiner Unterschlagung schuldig macht, ist hiernach selbstverständlich. Aber auch derjenige begeht keine Unterschlagung, der eine vertragsmäßig übernommene Verpflichtung, seine eigene Sache in einem gewissen Sinne zu behandeln, nicht erfüllt, z. B. einen von dem Schuldner akzeptierten Wechsel entgegen der Verabredung vor einem gewissen Termin oder trotz Zahlung der Schuld in Umlauf setzt. — Da nach BGB § 119 ein bei der Eigentumsübertragung unterlaufender Irrtum nur ihre Anfechtbarkeit, nicht aber ihre Nichtigkeit, zur Folge hat, so kann vor vollzogener Anfechtung (BGB § 142, vergl. § 121) der Empfänger selbst dann keine Unterschlagung an der Sache begehen, wenn er den Irrtum alsbald merkt. Z. B. ich will einem Dienstmann für eine kleine Mühewaltung ein Zwanzigpfennigstück geben, vergreife mich aber und gebe ihm ein Zwanzigmarkstück. — Einzelnes:
   a) Für die Eigentumsverhältnisse an Geld bestehen an sich keine besonderen Vorschriften. Schwierigkeiten entstehen hier aber dadurch, daß die Frage, ob der Wille der Eigentumsübertragung vorliegt (BGB § 929), häufig schwer zu entscheiden ist. So kann sich mit der Übergabe einer Geldsumme zur Bezahlung einer Schuld, die der Übergeber bei einer dritten Person hat, oder zur Besorgung eines Kaufs bald der Wille der Eigentumsübertragung verbinden, bald nicht. An diesem Willen fehlt es, wenn der Auftraggeber gerade diese individuellen Geldstücke überbracht oder verwendet haben will, oder wenn die Umstände so liegen, daß er an die Verwendung andern Geldes (namentlich mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Beauftragten) nicht denkt. Gestattet der Auftraggeber dem Beauftragten, das Geld mit dem seinigen zu vermischen, so ist daraus allein noch nicht auf den Willen

Digitized by Google

der Aufgabe des Eigentums zu schließen; denn trotz der Vermischung kann der Auftraggeber immer noch Miteigentümer bleiben und bleiben wollen. BGB § 948. In diesem Zusammenhange ist auch der häufige Fall zu erwähnen, daß der Kellner von dem Wirt das Bier gegen Marken entnimmt, den Verkehr mit den Gästen auf eigene Rechnung pflegt und mit dem Wirte dann später abrechnet. Giebt der Kellner das Geld im eigenen Interesse aus, so soll er sich nach E 34, 39 der Unterschlagung schuldig machen. Es ist klar, daß nach den zwischen dem Kellner und dem Wirt getroffenen Vereinbarungen der letztere Eigentümer des Geldes sein kann, schlechthin ist das keineswegs anzunehmen. Schon als ich vor zwanzig Jahren studierte, hatte ich in manchen Wirtschaften mit vielen meiner Kommilitonen das Bewußtsein, nicht dem Wirt, sondern dem Kellner zu schulden. Gegen das RG. auch Binding, Lehrb. 279.

b) Läßt sich jemand das Eigentum einer Sache als offener (d. h. dem Übergebenden als solcher bekannter) Stellvertreter eines dritten übertragen, so erwirbt er gemäß dem Grundsatze der vollkommenen Stellvertretung (BGB § 164) das Eigentum nicht für sich, sondern für den Vertretenen, kann sich also der Unterschlagung schuldig machen. Tritt er dagegen nicht als offener Stellvertreter auf, so ist es nach dem BGB bestritten, ob er das Eigentum in seiner Person erwirbt, sodaß Unterschlagung von ihm nicht begangen werden kann, bevor er den Auftraggeber durch Besitzübertragung oder constitutum possessorium (BGB § 930) zum Eigentümer macht, oder ob auch in diesem Falle der Vollmachtgeber Eigentümer wird, sobald der Bevollmächtigte den Besitz erlangt hat. S. Cosack 2 § 198, Draheim a. a. O. 35 und die das. angegebene Litteratur. Spezialbestimmungen enthält das Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5./7 1896, namentlich § 7 (Eigentumsübertragung) und § 9 (Strafvorschriften). — Das Gesagte gilt insbes. auch hinsichtlich des Geldes, das der Stellvertreter als Kaufpreis erhält. — Ein Fall der Stellvertretung liegt auch vor, wenn jemand von dem Jagdberechtigten den Auftrag oder die Erlaubnis erhält, für ihn zu jagen. Eignet er sich das Wild nachträglich selbst zu, so begeht er (vorbehaltlich des § 370 Nr. 5) Unterschlagung. E 13, 195. Erfolgte dagegen bereits die Besitzergreifung mit dem Zueignungswillen, so liegt das Delikt des § 292 vor.

4. Die Sache muß zur Zeit der Zueignung im **eigenen Gewahrsam oder Besitz** (ἐν διὰ δυοῖν) des Thäters stehen. Am richtigsten wäre es gewesen, nur negativ zu sagen, daß die Sache nicht in fremdem Gewahrsam stehen dürfe. Da aber das Gesetz sich positiv ausgedrückt hat, und zwar — wie die Motive ergeben — mit vollstem Bewußtsein, so ist die Interpretation hieran gebunden. Daher muß die Zueignung der Erlangung des Gewahrsams nachfolgen und kann in der Erlangung des Gewahrsams für sich allein weder Unterschlagung noch Unterschlagungsversuch liegen, namentlich auch dann nicht, wenn der Thäter bereits im Augenblicke des Besitzerwerbes (z. B. bei einer gefundenen Sache) Zueignung beabsichtigte. Vielmehr läßt sich erst das nachträgliche Verhalten des Thäters als eine den Unterschlagungsbegriff erfüllende Zueignung betrachten. E 10, 257. 17, 59 19, 38. A. A. bes. Binding, Normen 2, 542 und Lehrb. 275. 276.

Über den Begriff des Gewahrsams s. § 242 IV und über die Frage, ob der Gewahrsam an einem verschlossenen Behältnis auch den Gewahrsam an den darin enthaltenen Sachen umfaßt, § 243 III a. E. Hier ist nur folgendes zu bemerken:

a) Auf die Art und Weise der Erlangung des Gewahrsams legt der Wortlaut des Gesetzes (abgesehen von Abs. 2) kein Gewicht. Dennoch wird im Anschluß an eine Bemerkung der Motive zuweilen die Behauptung aufgestellt, daß, wenn die Erlangung des Gewahrsams selbst schon eine strafbare Handlung darstellt, an derselben Sache nachträglich keine Unterschlagung begangen werden könne. Verschafft sich aber jemand den Besitz eines geheim zu haltenden

Digitized by Google

Gewehrmodells in der Absicht, eine Beschreibung davon zu veröffentlichen, und eignet er es sich auf Grund eines neuen Entschlusses hinterher auch zu, so ist nicht abzusehen, weshalb eine Konkurrenz zwischen Unterschlagung und einem Verbrechen gegen §§ 3 oder 4 des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse vom 3./7 1893 ausgeschlossen sein sollte. Es finden vielmehr lediglich die Ausführungen zu § 74 V 4 Anwendung. Gegen die bekämpfte Ansicht auch Binding, Lehrb. 278.

b) In dem mit Zueignungsabsicht erfolgenden Bruche eines Mitgewahrsams ist nicht Unterschlagung, sondern Diebstahl zu finden. Denn trotz des eigenen Gewahrsams bleibt die Thatsache der „Wegnahme" bestehen. Vergl. § 242 IV.

c) Der bloße Wächter hat keinen Gewahrsam, begeht also nicht Unterschlagung, sondern Diebstahl. Dies ist von besonderer Wichtigkeit für gewisse Beamtenkategorien, die, eben weil sie keinen Gewahrsam haben, sondern nur als Wächter aufzufassen sind, sich nicht der Unterschlagung im Amte (§ 350), sondern des (milder strafbaren) Diebstahls schuldig machen. So nach E 14, 305 die preußischen Unterförster bezüglich des Holzes in ihrem Schutzreviere.

III. **Die Unterschlagungshandlung besteht in der rechtswidrigen Zueignung der Sache.** Während das preußische StGB in den §§ 225. 226 eine Spezialisierung der Unterschlagungshandlung vornahm, bedient sich das RStGB eines generellen Ausdrucks. Die im preußischen StGB erwähnten Handlungen (Veräußerung, Verpfändung, Verbrauch, Beiseiteschaffen, Leugnen des Gewahrsams gegenüber der Obrigkeit) sind daher nur dann als Unterschlagungshandlung aufzufassen, wenn sie unter den Begriff der Zueignung fallen, anderseits aber kommen außer ihnen alle sonst noch denkbaren Zueignungsakte in Betracht.

Was den Begriff der Zueignung betrifft, so ist ebenso wie beim § 242 davon auszugehen, daß nicht eine Überführung in das rechtliche, sondern nur in das wirtschaftliche Vermögen des Thäters verlangt werden kann. (Wenn der Thäter sich gleichzeitig zum juristischen Eigentümer macht, so ist Zueignung natürlich erst recht gegeben. Dies kann indessen nur ausnahmsweise, z. B. bei Vermischung fremden Geldes mit dem eigenen zutreffen.) Im Anschlusse an das zu § 242 VII Ausgeführte werden wir sagen dürfen: Zueignung ist jede unter Ausschluß des Berechtigten erfolgende Verfügung über die Sache, durch welche diese oder ihr wirtschaftlicher Wert für den Thäter gewonnen wird. Oder kürzer: Zueignung ist die Überführung einer fremden Sache in das eigene wirtschaftliche Vermögen des Thäters.

Selbstverständlich kann diese Überführung durch ebenso verschiedene Handlungen erfolgen, wie es Richtungen giebt, in denen sich der wirtschaftliche Wert einer Sache zu äußern vermag. Als Zueignungsakte aber erscheinen die Handlungen nur dann, wenn sie den Willen zum Ausdrucke bringen, die Sache oder deren wirtschaftlichen Wert unter Ausschluß des Berechtigten für den Thäter zu gewinnen. Einzelnes:

1. Am deutlichsten läßt sich dieser Wille in den Fällen der Veräußerung und des Verbrauchs erkennen. Aber auch hier kann er fehlen, z. B. dann, wenn Veräußerung oder Verbrauch im Interesse des Berechtigten erfolgen, der Thäter mit andern Worten als negotiorum gestor auftritt. Selbstverständlich schließt auch berechtigter Verkauf, z. B. des Pfandgläubigers, den Begriff der rechtswidrigen Zueignung aus. Vergl. auch E 5, 17. Der Erwerber einer durch Veräußerung zugeeigneten Sache erscheint nicht als Hehler im Sinne des § 259, sondern als Gehilfe bei der Unterschlagung. Denn der Veräußerer hat die Sache nicht durch eine strafbare Handlung erlangt. E 2, 69. 6, 218. Dies gilt auch dann, wenn der Zueignungsakt vor der Veräußerung lag. Prinzipiell a. A. Binding, Lehrb. 289 und für den letzteren Fall auch Olsh. 25, E 17, 59, R 10, 33. Zum Verbrauche gehört auch der wirtschaftliche Verbrauch. Z. B. das Ausgeben fremden Geldes zu eigenen Zwecken oder die Erhebung der Einlage auf das (im Gewahrsam des Thäters befindliche) fremde Sparkassenbuch. In letzterer

Digitized by Google

Beziehung ebenso Merkel in Holtzend. Handb. 3, 699 und E 29, 415. Die meisten sind anderer Ansicht. Die Frage liegt genau so wie beim Diebstahl. S. § 242 VII 2b.

2. Die bloße Zerstörung kann nur dann als Zueignung aufgefaßt werden, wenn sie Verbrauch ist, d. h. wenn der wirtschaftliche Wert der Sache in dem Zerstörtwerden besteht (z. B. Verschießen von Patronen). Dagegen Hälschner 2, 355. Auch hier liegt die Sache wie beim Diebstahl. S. 242 VII 2a.
3. Die Verpfändung bedeutet eine Zueignung nur dann, wenn der Thäter nicht die Absicht der Einlösung und nicht die Überzeugung hatte, dazu im stande zu sein. Ob er Grund zu dieser Überzeugung hatte, kommt höchstens als Beweismoment in Betracht. So bes. Olsh. 15 und Meyer 546, im wesentlichen übereinstimmend auch E 2, 21. 5, 1, R 1, 659. 2, 404 und Binding, Lehrb. 269.
4. Auch durch bloße Vorenthaltung der Sache kann Zueignung erfolgen. Denn der andauernde Besitz kann Überführung in das eigene Vermögen im wirtschaftlichen Sinne bedeuten. Aber gerade hier ist besonderes Gewicht auf die entsprechende Absicht zu legen, d. h. es muß sich in der Vorenthaltung des Besitzes die Absicht äußern, den Beteiligten von der Sache auszuschließen und sie zum eigenen Vorteile zu gewinnen. Solange die Absicht zur Rückgabe (unter Wahrung des wirtschaftlichen Wertes) noch besteht, kann von Zueignung keine Rede sein.
5. Verheimlichung und Ableugnung des Besitzes erscheinen an sich nur als Versuch der Zueignung, als vollendete Zueignung erst dann, wenn sie thatsächlich die Vorenthaltung der Sache zur Folge haben. Ebenso Merkel in Holtzend. Handb. 3, 708. A. A. die meisten, bes. Hälschner 2, 351. Vergl. auch E 5, 252. — In der bloßen Nichtanzeige des Besitzes der Sache kann selbst dann keine Unterschlagungshandlung gefunden werden, wenn die Anzeige (beim Fund) rechtlich geboten ist. Ebenso Hälschner 2, 350. Abweichend die herrschende Lehre, welche in der Unterlassung der Anzeige dann Zueignung sieht, wenn die Absicht der Zueignung daraus zu erkennen ist. S. Olsh. 17. Hierin liegt aber eine Verwechselung von Zueignungshandlung und Indiz der Zueignungsabsicht.
6. Nach R 4, 229 stellt sich auch die Gestattung der Wegnahme durch dritte als Zueignung dar.
7. Dagegen enthält der bloße Gebrauch der Sache, wenn er sich nicht mit Vorenthaltung des Besitzes verbindet (z. B. vertragswidrige Benutzung der hinterlegten Sache), nur ein strafloses furtum usus. So mit Recht Meyer 545.

Die Zueignung muß eine rechtswidrige sein. Vergl. hierüber § 242 VII 3. Ist der Thäter bei vertretbaren Sachen zum Ersatze bereit, so wird damit nicht die objektive Rechtswidrigkeit der Zueignung ausgeschlossen, wohl aber unter Umständen das subjektive Bewußtsein der Rechtswidrigkeit (unten V), wenn und sofern er nämlich annimmt, daß unter den obwaltenden Verhältnissen der Eigentümer gegen die Zueignung nichts einzuwenden haben werde. E 22, 364. Dagegen schließt die objektiv vorliegende Zustimmung des Eigentümers die Rechtswidrigkeit selbst dann aus, wenn die Zustimmung dem Thäter nicht bekannt ist.

IV. Der **Versuch** der Unterschlagung wird vom Gesetze ausdrücklich für strafbar erklärt. Ein Unterschlagungsversuch kann nur in solchen Handlungen gefunden werden, die der Erlangung des Gewahrsams nachfolgen. Beachtet man außerdem, daß die Zueignung in sehr verschiedener Weise, namentlich auch durch andauernde Entziehung des Besitzes erfolgen kann, so zeigt sich die Schwierigkeit einer Abgrenzung der versuchten von der vollendeten Unterschlagung. In der That wird denn auch die Möglichkeit eines Unterschlagungsversuchs von manchen geleugnet. So bes. Cohn, Zur Lehre vom versuchten und vollendeten Verbrechen (1880) 1, 457. Gleichwohl ist Versuch denkbar, und gerade der Umstand, daß ihn das Gesetz für möglich erklärt, spricht gegen eine zu weitgehende Annahme vollendeter Unterschlagung. Versuch liegt vor, wenn der Thäter zwar mit der Überführung der Sache in das eigene Vermögen begonnen, aber die darauf gerichtete

Digitized by Google

Handlung nicht zum Abschlusse gebracht hat. Einen Verkauf ohne Übergabe wird man zwar mit E 17, 59 schon als vollendete Unterschlagung anzusehen haben. Dagegen liegt in dem bloßen Anbieten zum Kaufe nur Unterschlagungsversuch. Ebenso Hälschner 2, 362. Nach Olsh. 42, Meyer 547 ist in dem Anbieten zum Kauf je nach den Umständen versuchte oder vollendete Unterschlagung zu finden. Weitere Versuchsfälle s. oben III 5.

V. Zum **Dolus** gehört das Bewußtsein, daß die Sache eine fremde und deren Zueignung eine rechtswidrige sei. Vergl. oben III 8 und § 242 VII 3.

VI. **Qualifiziert** ist die Unterschlagung in folgenden Fällen:

1. wenn dem Thäter die Sache **anvertraut**, d. h. wenn ihm der Gewahrsam mit der Verpflichtung der Rückgabe oder der Verwendung zu bestimmtem Zwecke übertragen ist. Z. B. bei geliehenen oder hinterlegten Sachen; ferner bei Sachen, die zur Erfüllung eines Auftrags übergeben worden sind. Daß gerade der Eigentümer die Sache anvertraut habe, fordert das Gesetz nicht;
2. vergl. § 350;
3. vergl. Ges. betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere § 11. Dagegen ist das Delikt des § 9 dieses Gesetzes nicht als Fall der Unterschlagung zu betrachten. S. o. II 3 b.

Als **privilegierter** Fall ist § 370 Nr. 5 anzusehen.

VII. **Idealkonkurrenz** ist namentlich möglich mit den Delikten der §§ 133. 137; ob auch mit Betrug, ist bestritten; s. darüber § 263 IX 2. In wesentlich gleichem Sinne beantwortet sich die Frage einer Konkurrenz mit Erpressung. Vergl. außerdem oben II 4 a. III 1. 2. §§ 259. 266. — Spezialdelikt MStGB. §§ 127. 138.

§ 247.

Wer einen Diebstahl oder eine Unterschlagung gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, oder wer einer Person, zu der er im Lehrlingsverhältnisse steht, oder in deren häuslicher Gemeinschaft er als Gesinde sich befindet, Sachen von unbedeutendem Werte stiehlt oder unterschlägt, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Ein Diebstahl oder eine Unterschlagung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos.

Diese Bestimmungen finden auf Teilnehmer oder Begünstiger, welche nicht in einem der vorbezeichneten persönlichen Verhältnisse stehen, keine Anwendung.

I. **Die Stelle privilegiert zwei Gruppen von Diebstahls- und Unterschlagungsfällen.** Bei der ersten Gruppe (Abs. 1) besteht das Privileg darin, daß die Verfolgung nur auf Antrag eintritt, bei der zweiten (Abs. 2) in der vollständigen Straflosigkeit. Beide beziehen sich auf alle Arten des Diebstahls und der Unterschlagung, namentlich auch auf die schweren Diebstahlsfälle des § 243. Beiden Gruppen ist ferner als Grund des Privilegs eine gewisse nähere Beziehung zwischen dem Thäter (vergl. jedoch unten II 1 a) und dem Verletzten gemeinsam. Eben deshalb ist es von besonderer Wichtigkeit, zu wissen, wer bei den Delikten des Diebstahls und der Unterschlagung als **der Verletzte** anzusehen ist. Hinsichtlich der Unterschlagung unterliegt es keinen Zweifel, daß sie sich nur gegen den Eigentümer wendet, beim Diebstahl dagegen ist es bestritten, ob nur der Eigentümer (so z. B. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 712) oder nur der Gewahrsamsinhaber (so z. B. v. Liszt § 128) oder beide (so die herrschende Lehre E 2, 73. 4, 346. 10, 210) als verletzt anzusehen sind. Die letztere Ansicht erscheint als die richtige: der Gewahrsams-

Digitized by Google

inhaber wird in den aus dem Gewahrsam als solchem folgenden Rechten verletzt, der Eigentümer insofern, als der Gewahrsam des Diebes der Ausübung des Eigentums entgegensteht. Hieraus folgt aber, daß, wenn Eigentümer und Gewahrsamsinhaber verschiedene Personen sind und nur eine von ihnen zu den im § 247 bezeichneten Personen gehört, der Diebstahl weder Antragsdelikt noch straflos ist. Dies gilt auch dann, wenn sich der Thäter in einem Irrtum über die Person des Eigentümers oder Gewahrsamsinhabers befand. Denn ein Irrtum über die Person des Verletzten schließt den Dolus nicht aus. Es genügt, wenn der Thäter weiß, daß er eine fremde Sache aus fremdem Gewahrsam nimmt. S. o. S. 100 Abs. 2. Entwendet daher der Sohn aus dem Kassenschranke des Vaters eine Geldrolle, die diesem von einem dritten zur Aufbewahrung übergeben ist, so ist der Sohn von Amts wegen zu verfolgen, auch wenn er angenommen hat, daß die Rolle seinem Vater gehöre. (Anders natürlich, wenn er der Meinung war, sein Vater habe gegen die Wegnahme nichts einzuwenden. Hier würde es an dem Dolus des Diebstahls fehlen.)

II. Was die **erste Gruppe** (Abs. 1) betrifft, so ist zu unterscheiden:

1. Ist durch den Diebstahl oder die Unterschlagung ein Angehöriger (§ 52 III), Vormund (wohl mit Einschluß des Gegenvormunds) oder Erzieher (§ 174 IV 1) verletzt (o. I), so ist die Handlung Antragsdelikt, ohne daß es auf den Wert der Sache ankäme.
2. Ist durch den Diebstahl oder die Unterschlagung des Lehrlings der Lehrherr oder ist durch den Diebstahl usw. des Gesindes der mit ihm in häuslicher Gemeinschaft befindliche Dienstherr verletzt, so ist die Handlung nur dann Antragsdelikt, wenn die gestohlene oder unterschlagene Sache eine solche von unbedeutendem Werte ist. Häusliche Gemeinschaft bedeutet Gemeinschaftlichkeit des Haushaltes (des Herdes). Dem erwähnten Falle des Gesindediebstahls (Hausdiebstahls) steht nach dem unzweideutigen Wortlaute des Gesetzes der andere gleich, bei dem sich die Handlung gegen irgend eine andere Person der häuslichen Gemeinschaft (z. B. gegen den Mitknecht) richtet. Ebenso v. Schwarze 13. Abweichend die herrschende Lehre. Olsh. 5, Binding, Lehrb. 306, R 8, 109. Wann die Sache eine solche von unbedeutendem Werte ist, läßt sich ziffermäßig nicht bestimmen. Es greift daher freies richterliches Ermessen platz. Zufolge des Satzes in dubio mitius ist aber der Richter insofern gebunden, als er stets den Maßstab anzulegen hat, der in concreto zu dem mildesten Ergebnisse führt. Dies gilt namentlich für den Fall, daß die Vermögensverhältnisse der Beteiligten verschieden sind. A. A. Rubo 12, und Binding Lehrb. 306, nach welchen die Vermögensverhältnisse der Geschädigten maßgebend sein sollen. Bei Mitthäterschaft entscheidet der Gesamtwert; ebenso bei fortgesetztem Delikt.

III. Bei der **zweiten Gruppe** (Abs. 2) tritt die Privilegierung schlechthin ohne Rücksicht auf den Wert der gestohlenen oder unterschlagenen Sache ein. Dagegen muß in den hierher gehörigen Fällen der Verletzte ein Verwandter absteigender Linie sein. Es genügt also namentlich nicht, wenn er ein Verschwägerter absteigender Linie (z. B. der Schwieger- oder Stiefsohn) ist.

IV. Die Frage, inwiefern auch **dritte an der Handlung beteiligte Personen** privilegiert sind, wird durch den letzten Absatz beantwortet. Aus ihm ergiebt sich, daß die Privilegierung allen, aber auch nur denjenigen Beteiligten zu gute kommt, bei welchen eines der bezeichneten persönlichen Verhältnisse vorliegt. Stiftet daher die Ehefrau einen dritten zu einem Diebstahle gegen ihren Ehemann an, so ist der Thäter strafbar, die Ehefrau straflos. Ist umgekehrt die Ehefrau Thäterin, der dritte Anstifter, so ist wiederum der letztere strafbar, die erstere nicht.

Die vielfach, z. B. von Olsh. 53 zu § 257 vertretene Ansicht, daß die **Begünstigung** im Sinne dieser Stelle sich nur auf die vor der That zugesagte beziehe, entbehrt jedes Anhaltes im Gesetz. Ebensowenig ist es zutreffend, wie manche, z. B. Oppenh.-Del. 1 und Rüd.-Stengl. 10, die Hehlerei im Sinne des § 258 ausnehmen; denn auch diese Hehlerei

Digitized by Google

wird vom Gesetze ausdrücklich als eine Unterart der Begünstigung bezeichnet. Dagegen schließt § 247 Abs. 3 eine Bestrafung auf Grund des § 259 nicht aus, weil es sich hier um ein nicht als Begünstigung aufzufassendes Delikt handelt. Vergl. Vorbem. II 2 zum 21. Abschn.

§ 248.

Neben der wegen Diebstahls oder Unterschlagung erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, und neben der wegen Diebstahls erkannten Zuchthausstrafe auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

Vergl. §§ 32. 38. 45. 49.

Zwanzigster Abschnitt.

Raub und Erpressung.

§ 249.

Wer mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben eine fremde bewegliche Sache einem Anderen in der Absicht wegnimmt, sich dieselbe rechtswidrig zuzueignen, wird wegen Raubes mit Zuchthaus bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

I. **Verhältnis des Raubes zum Diebstahl.** — Der Raub wendet sich gleichzeitig gegen das Vermögen und regelmäßig auch gegen die persönliche Freiheit. Als Vermögensdelikt nimmt er den Thatbestand des Diebstahls vollständig in sich auf. Idealkonkurrenz zwischen einfachem Diebstahl und Raub ist daher ausgeschlossen. (Daraus folgt u. a., daß die Frage der Rückfälligkeit nur nach § 250 Nr. 5, niemals nach § 244 zu beurteilen ist. E 6, 243. A. A. Olsh. 10.) Aber der Raub ist, wie sich aus der Verweisung in einen besonderen Abschnitt ergiebt, kein qualifizierter Diebstahl. Demnach kann an Sachen, die nicht Objekte des gemeinen Diebstahles sein können (z. B. § 370 Nr. 5), sehr wohl ein Raub begangen werden, auch finden die für den Diebstahl giltigen besonderen Vorschriften, namentlich § 247, auf den Raub keine Anwendung. Vergl. Olsh. 3.

II. **Die Thatbestandsmerkmale des Raubes.** — Über die Thatbestandsmerkmale, welche der Raub mit dem Diebstahl teilt, s. § 242. Zu diesen Thatbestandsmerkmalen muß hinzukommen, daß die Wegnahme erfolgt entweder mit Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben. Einzelnes:

1. Gewalt (§ 52 I 1) oder Drohung (§ 48 II 1a) müssen Mittel der Wegnahme sein und als solche von dem Thäter angewendet werden. Wer einen andern mit dem Dolus der Körperverletzung niederschlägt und dann erst den Entschluß faßt, ihn auszuplündern, begeht keinen Raub. Ebensowenig begeht Raub, wer erst nach erfolgter Wegnahme Gewalt anwendet. In diesem Falle kann räuberischer Diebstahl (§ 252) vorliegen. Dagegen ist nicht, wie Olsh. 5 annimmt, zu verlangen, daß Gewaltanwendung und Wegnahme unter allen Umständen als zeitlich getrennte Akte

Digitized by Google

erscheinen müßten. Olsh. folgert aus seiner Ansicht namentlich, daß es nicht Raub sei, wenn jemanden, der sich dessen nicht versieht, eine Sache weggerissen werde. Damit stimmt auch die herrschende Lehre überein, indem sie davon ausgeht, daß Gewalt nur denkbar sei gegenüber einem wirklich unternommenen oder doch geplanten Widerstand. So bes. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 717. S. dagegen § 52 I 1 Abs. 2 und die dort Angeführten. Schlägt A den B, der an nichts Böses denkt, nieder und nimmt ihm dann seiner Absicht gemäß die Uhr ab, so wird man doch die Anwendung von Gewalt und den Thatbestand des Raubes nicht ernstlich bestreiten können. Gewichtiger sind die Ausführungen von Hälschner 2, 368. Er hebt hervor, daß in dem Thatbestande des Raubes der der Nötigung, also eines Delikts gegen die persönliche Freiheit, enthalten sei. In den Fällen der fraglichen Art sei aber der Verletzte in keinem Augenblicke unfrei. Dem wäre beizutreten, wenn sich aus dem StGB entnehmen ließe, daß der Raub notwendigerweise eine Freiheitsverletzung enthalten müßte. Thatsächlich allerdings werden die in Rede stehenden Fälle meist deshalb nicht als Raub erscheinen, weil die aufgewendete Kraft zu geringfügig oder ihre bewußte Richtung gegen die Person nicht ersichtlich ist. Im wesentlichen übereinstimmend Meyer 508, v. Buri, Beilageheft z. GS. 29, 19 ff., v. Lilienthal, Ztschr. 7, 375/6, Gauß, Erpressung und Raub (1901) 74, wohl auch Binding, Lehrb. 83. — Gewalt und Drohung müssen ferner Mittel der Wegnahme, nicht einer bloßen Vorbereitungshandlung sein. Wer sich mit Gewalt einen Dietrich verschafft, aber dann ohne Gewalt unter Benutzung dieses Dietrichs fremde Sachen wegnimmt, begeht keinen Raub. Deshalb ist es unrichtig, wenn v. Buri im Beilageheft zum GS 29, 16 sagt, es komme nicht darauf an, ob die Gewalt der Wegnahme näher oder ferner stehe.

2. Gewalt oder Drohung müssen sich gegen eine Person wenden. Daß diese gerade der Inhaber der Sache sei, fordert das Gesetz nicht. A. A. v. Liszt § 130. Es ist daher Raub, wenn sich die Gewalt gegen den Kutscher oder gegen den Wächter wendet. Immerhin aber muß die vergewaltigte Person die Erhaltung des Gewahrsams unterstützen, dem Angreifer als eine Person erscheinen, deren Widerstand er zu brechen hat, um den Gewahrsam an der Sache zu erlangen. Gewaltanwendung gegen einen Diebsgenossen, um ihn zur Hilfeleistung gefügig zu machen, ist kein Raub.
3. Was speziell die Gewalt betrifft, so muß sie eine Gewalt „gegen eine Person" in dem technischen unter § 52 II 1 erläuterten Sinne sein. Eine Gewalt, die sich zunächst gegen Sachen, z. B. gegen die Pferde der Kutsche, wendet, kann also genügen. Ferner ergiebt sich aus dem zu § 52 II 1 Gesagten, daß sich die Einsperrung des Gewahrsamsinhabers während der Ausplünderung seiner Wohnung im allgemeinen als Raub darstellt. Desgleichen die Wegnahme von Sachen gegen einen zu diesem Zwecke Betäubten. Ebenso Binding, Lehrb. 83, Meyer 568 (dieser auch bzgl. der Freiheitsberaubung), v. Lilienthal, Ztschr. 7, 376. A. A. Hälschner 2, 367, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 717, Olsh. 4.
4. Die Drohung muß eine solche mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben sein, d. h. es muß dem Bedrohten, sei es ausdrücklich, sei es durch konkludente Handlung, die Begehung einer Körperverletzung oder Tötung angedroht werden. Ob diese Begehung ernstlich beabsichtigt wurde, ist gleichgiltig. Es kommt nicht einmal darauf an, ob sie überhaupt möglich war (z. B. der Revolver war nicht geladen). Maßgebend ist nur, daß sie der Bedrohte für unmittelbar bevorstehend hielt. Vergl. § 52 I 2a.
5. Zur Vollendung gehört die Wegnahme der Sache. Giebt der Angegriffene die Sache unter dem Drucke der Gewalt oder der Drohung heraus, so liegt nicht Raub, sondern räuberische Erpressung (§ 255) vor. S. o. 1 und § 251 I 2.

III. Der **Versuch** beginnt mit der Gewaltanwendung oder der Bedrohung. Vergl. § 43 III 2.

Digitized by Google

IV. **Idealkonkurrenz** mit Körperverletzung ist möglich; daher kann, wenn sie vorliegt, auf Buße erkannt werden. A. A. die herrschende Lehre, der man allerdings dann beizutreten hätte, wenn in dem Thatbestand des Raubs der der Körperverletzung notwendig enthalten wäre. Dagegen s. o. II 3. Wegen des Verhältnisses zum Diebstahl s. o. I, wegen des zur Erpressung § 253 I.

§ 250.

Auf Zuchthaus nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn

1. der Räuber oder einer der Teilnehmer am Raube bei Begehung der That Waffen bei sich führt;
2. zu dem Raube Mehrere mitwirken, welche sich zur fortgesetzten Begehung von Raub oder Diebstahl verbunden haben;
3. der Raub auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einer Eisenbahn, einem öffentlichen Platze, auf offener See oder einer Wasserstraße begangen wird;
4. der Raub zur Nachtzeit in einem bewohnten Gebäude (§ 243 Nr. 7) begangen wird, in welches sich der Thäter zur Begehung eines Raubes oder Diebstahls eingeschlichen oder sich gewaltsam Eingang verschafft oder in welchem er sich in gleicher Absicht verborgen hatte, oder
5. der Räuber bereits einmal als Räuber oder gleich einem Räuber im Inlande bestraft worden ist. Die im § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahr ein.

Die Umstände, welche den einfachen Raub zum schweren machen, entsprechen im wesentlichen den Qualifikationsgründen des Diebstahls.

1. Zu Nr. 1 vergl. § 243 zu Nr. 5;
2. zu Nr. 2 vergl. § 243 zu Nr. 6;
3. zu Nr. 3 vergl. § 243 zu Nr. 4 (öffentliche Wege, Straße, Eisenbahn und öffentlicher Platz). Offene See bedeutet die See (nicht den Landsee) außerhalb der Küstengewässer. So die meisten, während Billnow, Raub und Erpressung 33 den Begriff auf alle außerhalb des Hafens oder der Flußmündungen befindlichen Teile der See erstreckt. Vergl. auch Meves, Ztschr. 13, 421. Über den Umfang des Küstenwassers s. die Lehrbücher des Völkerrechts. Früher nahm man die Kanonenschußweite als Grenze des Küstenwassers an, während jetzt viele zu der Drei-Seemeilengrenze von 5556 Meter neigen. — Maßgebend ist bei Nr. 3 der Ort, wo sich der Beraubte, nicht der, wo sich der Räuber befindet. Das folgt aus dem Zwecke der Bestimmung.
4. Zu Nr. 4. Entspricht im allgemeinen § 243 Nr. 7, jedoch tritt als neuer erschwerender Umstand hinzu, daß sich der Thäter gewaltsam den Eingang verschafft hat. Man wird dies mit der herrschenden Lehre nicht nur auf Gewalt gegen Personen, sondern auch auf Gewalt gegen Sachen beziehen müssen.
5. Zu Nr. 5. Vergl. § 244 und § 249 I. Zu bemerken ist, daß hier im Gegensatz zu § 244 schon der einmalige Rückfall genügt.

§ 251.

Mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus wird der Räuber bestraft, wenn bei dem Raube ein Mensch ge-

Digitized by Google

martert, oder durch die gegen ihn verübte Gewalt eine schwere Körperverletzung oder der Tod desselben verursacht worden ist.

I. Der **besonders schwere Raub** ist qualifiziert durch die Intensität der Gewaltausübung oder doch durch deren schweren Erfolg. Er liegt vor:

1. wenn bei dem Raube ein Mensch gemartert, d. h. wenn ihm vorsätzlich heftige körperliche Schmerzen zugefügt worden sind. Der Gemarterte kann jeder sein, gegen den sich die zum Raube erforderliche Gewalt richten kann. Vergl. § 249. Idealkonkurrenz mit Körperverletzung ist in diesem Falle wegen notwendiger Konkurrenz ausgeschlossen. Auf Buße kann also nicht erkannt werden;
2. wenn durch die Gewaltausübung eine schwere Körperverletzung (§ 224) oder der Tod des Vergewaltigten verursacht worden ist. Ein über die Gewaltausübung (und Wegnahme) hinausgehendes Verschulden ist hier nicht erforderlich, es genügt der objektive Eintritt des schweren Erfolgs. Vergl. § 59 II 3. Daher ist Idealkonkurrenz mit Körperverletzung möglich und kann, wenn sie vorliegt, auf Buße erkannt werden. A. A. die herrschende Lehre. War der Vorsatz des Thäters auf Herbeiführung des Todes gerichtet, so liegt Mord oder Totschlag in Idealkonkurrenz mit Raub, sogenannter Raubmord vor. Für alle Fälle der Tötung desjenigen, der den Gewahrsam der Sache hatte, muß aber darauf hingewiesen werden, daß, wenn der Tod vor Wegnahme der Sache eintritt und nunmehr der Gewahrsam nicht sofort auf eine andere Person übergeht, vollendeter Raub überhaupt nicht angenommen werden darf. Denn durch Ansichnehmen einer unverwahrten Sache kann Raub ebensowenig begangen werden wie Diebstahl. Dieser Punkt pflegt nicht beachtet zu werden. Daher ist die herrschende Lehre anderer Ansicht. E 4, 287.

II. Hat ein **Teilnehmer** am Raube sich einer der im § 251 erwähnten Handlungen schuldig gemacht, so haften dafür auch die übrigen, sofern er dabei im Rahmen des Einverständnisses handelte, sofern er mit andern Worten nicht einen sog. Exzeß beging. Vergl. §§ 47 IV. 48 IV. 49 II 3. Die Haftung wegen des schwereren Erfolgs wird der Teilnehmer niemals ablehnen können. So Hälschner 2, 377, Olsh. 7.

III. **Versuch** des besonders schweren Raubes ist in sehr verschiedener Art denkbar, namentlich so, daß zwar ein Mensch gemartert, schwer verletzt oder getötet, der Raub aber nicht vollendet wurde; ferner in dem Falle, daß zwar der Raub vollendet wurde, aber mit der Marterung nur begonnen; oder auch in der Art, daß Marterung und Wegnahme im Stadium des Versuchs stehen blieben. Vergl. Hälschner 2, 376, Oppenh.-Del. 6, Olsh. 6 und oben § 43 V 3. Dagegen wird die Möglichkeit eines Versuchs geleugnet von v. Buri, Beilageheft zum GS 29, 48.

§ 252.

Wer, bei einem Diebstahle auf frischer That betroffen, gegen eine Person Gewalt verübt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben anwendet, um sich im Besitze des gestohlenen Gutes zu erhalten, ist gleich einem Räuber zu bestrafen.

I. Der **räuberische Diebstahl** ist ein durch Gewalt (vergl. § 52 I 2) oder Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (vergl. § 249 III 4) qualifizierter Diebstahl. Insofern stimmt der Begriff mit dem des Raubes überein. Der Unterschied liegt aber darin, daß beim räuberischen Diebstahl Gewalt oder Drohung nicht als Mittel zur Erlangung, sondern als Mittel zum Schutze des bereits erlangten Gewahrsams angewendet werden. Darauf, ob der Dieb sich in der That im Besitze zu erhalten vermag, oder ob er ihn aufgeben muß, kommt es nicht an. Wesentlich aber ist, daß er auf frischer That

Digitized by Google

betroffen, d. h. am Thatorte wahrgenommen wird. So Binding, Lehrb. 305. Die Gewalt usw. braucht dagegen nicht am Thatorte vorgenommen zu sein, es genügt, wenn dies bei der Nacheile geschieht. A. A. scheinbar Olsh. 5.

II. Wird der räuberische Diebstahl auch gleich dem Raube bestraft, so bleibt er doch nichtsdestoweniger Diebstahl. Es handelt sich lediglich um einen Strafschärfungsgrund, der sich den in den §§ 243. 244 aufgeführten anschließt. Die Verweisung in einen vom Diebstahl getrennten Abschnitt ist lediglich aus technischen Gründen erfolgt. Namentlich wird dadurch zum Ausdrucke gebracht, daß die für den Raub in den §§ 250. 251 angegebenen Qualifikationsgründe auch für den räuberischen Diebstahl gelten. Hieraus ergiebt sich:

1. § 252 findet nur dann Anwendung, wenn ein (vollendeter) Diebstahl im Sinne des 19. Abschnittes vorliegt, also nicht, wenn ein Mundraub oder ein Feld- oder Forstdiebstahl begangen wurde. So Olsh. 2. A. A. Hälschner 2, 377, Oppenh.-Del. 2, Rüd.-Stengl. 1, E 6, 325. 13, 391.
2. Realkonkurrenz zwischen Diebstahl und einer unter § 252 fallenden Gewaltanwendung ist ausgeschlossen.
3. Ist der Thäter gemäß § 244, aber nicht gemäß § 250 Nr. 5 als rückfällig anzusehen, so findet § 244 gegen ihn Anwendung. Ebenso Olsh. 10. A. A. E 6, 243.

III. Thäter ist regelmäßig der, der das durch die Gewalt usw. zu sichernde Gut „gestohlen" hat, also Thäter oder Mitthäter des vollendeten einfachen Diebstahles ist. Ein dritter kann zweifellos als Anstifter oder Gehilfe in Betracht kommen, sofern er zur Gewaltanwendung usw. anstiftet oder dabei Hilfe leistet. Zum Dolus gehört dann aber das Bewußtsein, daß der Angestiftete oder Unterstützte „gestohlen" hat, bezw. (wenn nämlich Anstiftung oder Beihilfe schon vor dem einfachen Diebstahl geleistet werden) stehlen werde.

Man wird aber gegen Binding, Lehrb. 305 und Olsh. 7 annehmen müssen, daß, entsprechend andern zusammengesetzten Delikten, der Gehilfe des einfachen Diebstahls zum Mitthäter des räuberischen werden kann. Wendet er die Gewalt usw. ohne Einverständnis mit dem Thäter des einfachen Diebstahls an, so liegt ein sogen. Exzeß vor (vergleiche § 47 IV).

IV. Versuch des räuberischen Diebstahls als solchen ist in der Art möglich, daß nach Vollendung des einfachen Diebstahls die Gewaltanwendung nur versucht wird.

§ 253.

Wer, um sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, einen Anderen durch Gewalt oder Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, ist wegen Erpressung mit Gefängnis nicht unter Einem Monat zu bestrafen.

Der Versuch ist strafbar.

I. **Das Wesen der Erpressung im allgemeinen.** — Die Erpressung ist dem Betruge nahe verwandt. Schon eine flüchtige Vergleichung der §§ 253 und 263 zeigt, daß hier wie dort die Absicht gefordert wird, sich oder einem dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der wesentlichste Unterschied besteht in den Verbrechensmitteln: beim Betruge Täuschung, bei der Erpressung Gewalt oder Bedrohung. Durch keines dieser Mittel kann ein Vermögensvorteil direkt errungen werden, sondern nur indirekt, nämlich durch Vermittelung eines Verhaltens der getäuschten oder genötigten Person. Von geringer Bedeutung ist der Unterschied, daß die Erpressung schon mit diesem Verhalten vollendet ist, der Betrug dagegen erst mit dem Eintritte der dadurch bewirkten Vermögensbeschädigung. Wichtiger ist wieder das Gemeinsame: hier wie dort muß dieses Verhalten in einer Vermögensdispoſition bestehen. Beim Betruge

Digitized by Google

wird dieses Erfordernis allgemein anerkannt, dagegen heben es bei der Erpressung nur wenige hervor, so besonders Meyer 591, ähnlich auch Billnow, Raub und Erpressung (1875) 45. Gegen das Erfordernis der Vermögensdisposition eingehend Binding, Lehrb. 375, 376 (mit weiteren Litteraturnachweisen). Für seine Aufstellung spricht aber nicht nur die Struktur des engverwandten Betrugsbegriffs, sondern auch die historische Entwicklung des Erpressungsbegriffs selbst. Das gemeine Recht forderte zur Vollendung der Erpressung die Erlangung des rechtswidrigen Vermögensvorteils. Vergl. Feuerbach, Lehrb. d. peinl. Rechts. 13. Aufl. (1840) § 430, Heffter, Criminalrecht 3. Aufl. (1846) § 366. Darüber, daß der Übergang des Vorteils in das Vermögen des Thäters nur durch eine Vermögensdisposition des Genötigten vermittelt werden könne, war man einig. S. außer den Angeführten Martin, Lehrb. d. Criminal-Rechts 2. Aufl. (1829) § 198, bes. aber Marezoll, Das gem. deutsche Criminalrecht (1841) § 135. Die älteren Partikulargesetzbücher änderten an diesem Rechtszustande zweierlei: sie ließen die Vollendung bereits mit dem Vollzuge der abgenötigten Vermögensdisposition eintreten, also auch dann, wenn der Thäter den Vermögensvorteil nicht erlangt; sodann suchten sie die Vermögensdispositionsakte selbst erschöpfend aufzuzählen. S. code pén. Art. 400, bayerisches StGB v. 1813, Art. 241, oldenburgisches Art. 246. Die neueren Strafgesetzbücher, denen das RStGB folgt, verzichten auf eine erschöpfende Aufzählung der Vermögensdispositionsakte und suchen sie unter allgemeine Bezeichnungen wie „Handlung, Duldung oder Unterlassung" zu treffen. Dafür, daß man hierdurch mehr habe zum Ausdruck bringen und mit dem historisch gewordenen Charakter des Delikts habe brechen wollen, spricht nichts.

Nur von dem hier vertretenen Standpunkte aus gelangt man zu einer klaren Beantwortung der vielbesprochenen Frage nach dem Verhältnisse der Erpressung zum Raub. Dieser unterscheidet sich generisch von der Erpressung dadurch, daß der mit Gewalt oder Drohung Angegangene dadurch zu einer Vermögensdisposition weder genötigt werden soll noch wird. Abzulehnen ist somit die von E 4, 429, v. Buri, Beilageheft z. GS. 29, 69, Liebling, Über das Verhältnis zwischen Raub und Erpressung (1897) 41 vertretene Ansicht, nach welcher der Raub nur ein Spezialfall der Erpressung sein soll. Abweichend auch Binding, Lehrb. 373, indem er die Erpressung für ein dem Raub subsidiäres Delikt erklärt. Für die richtige Ansicht, jedoch in übertreibender Form, Gauß, Erpressung und Raub (1901) 78.

Auch mit der Nötigung ist die Erpressung verwandt. Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß nur die Erpressung, nicht aber die Nötigung das Moment der rechtswidrigen Bereicherungsabsicht verlangt. Man kann daher sagen: bei der Nötigung wird die Strafbarkeit durch die Wahl der Mittel begründet, mag auch der Zweck erlaubt sein; bei der Erpressung dagegen wird die Strafbarkeit durch den verfolgten Zweck begründet, mögen auch die Mittel an sich erlaubt sein. Vergl. dazu § 240 I und Fraenkel, Die Delikte der Nötigung, Bedrohung und Erpressung (1901).

Nach alledem läßt sich die Erpressung kurz bestimmen als der in rechtswidriger Bereicherungsabsicht ausgeübte Zwang zum Vollzuge einer Vermögensdisposition.

II. **Die Zwangsmittel der Erpressung** können sein:

1. **Gewalt.** S. § 52 II 1. — Daß diese widerrechtlich sein müsse wie bei der Nötigung, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich und braucht auch angesichts der widerrechtlichen Bereicherungsabsicht nicht besonders hervorgehoben zu werden. Hier wie dort stellt die herrschende Lehre vis absoluta und vis compulsiva einander gleich. Im übrigen ist man damit einverstanden, daß die Gewalt sich wie bei der Nötigung wenigstens indirekt gegen die Person richten müsse. Dabei gerät man aber in ein Dilemma, weil § 255 die gegen Personen gerichtete Gewalt als Strafschärfungsgrund besonders hervorhebt. Einige, z. B. Meyer 592, nehmen eine unlösbare Antinomie an; andere, wie Olsh. 14, beziehen § 253 auf die nur indirekt, § 255 dagegen auf die direkt gegen die Person gerichtete Gewalt. Gegen beide Auffassungen läßt sich

Digitized by Google

geltend machen, daß ebenso wie beim § 240 auch eine lediglich gegen Sachen gerichtete Gewalt vom Gesetzgeber als ausreichend gedacht ist, somit jede, wenn auch nur indirekt, gegen Personen gerichtete unter § 255 fällt. Ebenso Oppenh.-Del. 2. Einen neuen Lösungsversuch unternimmt Thurow, Beiträge z. Lehre von der Erpressung (1902) 24 ff.: § 253 betreffe die Fälle, in welchen jemand ohne physische Kraftaufwendung Gewalt über eine andere Person erlangt.

2. **Drohung.** Vergl. § 48 II 1. — Diese braucht nicht wie bei der Nötigung eine solche mit einer strafbaren Handlung zu sein. Es genügen an sich Drohungen aller Art, auch minae iuris, d. h. Drohung mit Beschreitung des Rechtswegs. E 5, 171. 20, 326. Immerhin muß die Furcht vor dem angedrohten Übel geeignet sein die freie Willensbestimmung des Bedrohten zu beeinträchtigen. R 8, 56. E 34, 10. Aus dem unter IV 2 Ausgeführten folgt aber, daß das angedrohte Übel eine gewisse Größe haben muß, weil nur dann die Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils begründet ist. A. A. E 34, 16. Vergl. dazu Binding, Lehrb. 378, 379, Thurow a. a. O.

III. Die **erzwungene Vermögensdisposition** kann in einem Handeln, Dulden oder Unterlassen bestehen. In der Form des Duldens ist eine Vermögensdisposition wohl nur bei vis absoluta denkbar; es wird z. B. jemandes Hand derartig gewaltsam geführt, daß seine Unterschrift unter eine Schuldurkunde zu stehen kommt. Eine Vermögensdisposition durch Unterlassen liegt nur vor, wenn der Genötigte vorher die Absicht einer in positivem Thun bestehenden hatte. Z. B. es wird jemand von der Geltendmachung einer Forderung abgehalten.

An der Vermögensdisposition und somit an der Erpressung fehlt es, wenn jemand genötigt wird, sich für den Thäter bei einem dritten zu verwenden (so auch im Ergebnis E 3, 426. R 5, 94), oder die Vornahme einer strafbaren Handlung (Urkundenvernichtung, Diebstahl) zu dulden. In diesem letzteren Falle konkurrieren Nötigung und das Delikt, zu dessen Duldung genötigt wurde. A. A. bes. Binding, Lehrb. 374, 376, der wegen der erwähnten Ablehnung des Erfordernisses der Vermögensdisposition Erpressung annimmt. Wie ist es aber, wenn ich jemanden gewaltsam verhindere, an einem Orte zu erscheinen, und mich dafür von einem dritten bezahlen lasse? Soll da etwa auch Erpressung vorliegen?

Das erzwungene Verhalten muß mit der Gewalt oder Drohung im Kausalzusammenhang stehen, als Folge derselben erscheinen. Dieser Kausalzusammenhang setzt keineswegs Identität der mit Gewalt oder Drohung angegangenen und der ein bestimmtes Verhalten einschlagenden Person voraus, wohl aber, daß die letztere gerade durch den Zwang zu dem eingeschlagenen Verhalten bestimmt wurde. Dies kann aber auch dann zutreffen, wenn sich der Zwang gegen eine andere Person richtet. Z. B. Bedrohung des Sohnes, um den Vater zu einem gewissen Verhalten zu bestimmen.

IV. Zum **Dolus** gehören folgende Momente:

1. Bewußtsein der Nötigung zu einer Vermögensdisposition,
2. Absicht (als Streben s. § 59 IV), durch diese Vermögensdisposition sich oder einer dritten Person einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Der Vermögensvorteil muß objektiv ein rechtswidriger sein und subjektiv dafür auch angesehen werden. Der rechtswidrige Vermögensvorteil hat sein konträres Gegenteil in dem rechtmäßigen, d. h. in dem rechtlich begründeten. Es ist allgemein anerkannt, daß die Erstrebung eines solchen Vermögensvorteils den Thatbestand der Erpressung nicht erfüllt, selbst wenn ihn der Thäter für einen rechtswidrigen halten sollte. Nötige ich mit Gewalt meinen Schuldner zur Zahlung der mir geschuldeten Summe, so bin ich zwar normalerweise wegen Nötigung, niemals aber wegen Erpressung strafbar.

Hierüber herrscht volles Einverständnis. Die herrschende Lehre nimmt aber an, daß rechtswidrig schon jeder Vermögensvorteil sei, auf den kein begründeter Anspruch

Digitized by Google

besteht. So Meyer 576, v. Liszt § 139, besonders aber das RG. E 1, 318. 21, 114. 26, 354. 30, 337. 34, 16. Dies geht zu weit. Wer sich unter dem Einflusse eines gewissen Maßes von Zwang zu einem Versprechen oder zur Hingabe einer Sache oder zum Verzicht auf eine Forderung bestimmen läßt, muß häufig die Konsequenzen seiner Nachgiebigkeit oder seiner Ängstlichkeit vor dem Zivilrichter tragen. Ein Vermögensvorteil, der vor dem Zivilgericht Bestand hat, kann niemals rechtswidrig sein. Rechtswidrig ist ein Vermögensvorteil vielmehr erst dann, wenn er von dem Gewährenden im Wege des Rechts zurückverlangt werden kann. BGB § 123 bezeichnet seinem Wortlaute nach allerdings jede Erklärung als anfechtbar, zu der der Erklärende „widerrechtlich durch Drohung bestimmt worden ist". Aber aus dem Kreise der Drohungen werden Theorie und Praxis des bürgerlichen Rechts zweifellos solche ausscheiden, die eine Anfechtbarkeit nicht begründen. Droht z. B. ein Geschäftsreisender mit Kündigung und Eintritt in ein Konkurrenzgeschäft, falls ihm nicht sein Gehalt um 300 Mark erhöht werde, so wird den Prinzipal, der unter dem Einflusse dieser Drohung das Gehalt erhöht hat, wohl auch jedes Gericht zur Zahlung verurteilen, und höchstens der Nachweis einer wirklichen Notlage mag zur Abweisung der Klage führen. Siehe über diese Frage G. Planck, Der Begriff der Widerrechtlichkeit im § 123 des BGB's (in den Festgaben der Göttinger Fakultät für Regelsberger [1901]), dessen Ausführungen aber die praktische Seite nicht erschöpfen. Die Abgrenzung der die Anfechtbarkeit begründenden Drohungen von den übrigen ist nicht Aufgabe des Strafrechts, wohl aber muß dieses betonen, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils in dem Bewußtsein seiner mangelnden Rechtsbeständigkeit zu finden ist. Vergl. Frank, Ztschr. 14, 392 ff., aber auch schon Waag GS 31, 241 ff. und neuerdings Thurow a. a. O. 75. Dagegen begnügt sich die herrschende Lehre mit dem Bewußtsein, daß auf die Gewährung des Vorteils kein Anspruch besteht, und kommt so zu ganz unbrauchbaren Ergebnissen. Vergl. z. B. E. 21, 114. Gegen die herrschende Lehre auch Kitzinger, GS 55, 1 ff., bes. 96 ff. Kitzinger vertritt (im Anschlusse an Merkel) die Ansicht, daß rechtswidrig ein solcher Vermögensvorteil sei, dessen Erlangung mit der Rechtsordnung außerhalb des Strafrechts in Widerspruch steht. Auch Binding, Lehrb. 363. 364 wendet sich gegen die Ansicht des RG's und bekämpft das. 379 E 34, 16, ein Urteil, nach welchem Erpressung vorliegen soll, wenn ein gewerbliches Kartell mit Abbruch der geschäftlichen Beziehung droht, falls der andere Teil nicht sämtliche Waren von ihm zu übermäßig hohen Preisen beziehe. Vergl. noch § 263.

V. **Der Versuch** ist strafbar. Er liegt vor, wenn der Thäter mit der Gewaltanwendung oder Bedrohung begonnen, den andern aber zu der Vermögensdisposition nicht genötigt hat. Disponiert der andere, ohne daß er unter dem Eindrucke der Gewalt oder Drohung gehandelt hätte, sondern etwa nur aus Mitleid, so ist die Erpressung ebenfalls nur versucht. Denn es fehlt hier an dem erforderlichen Kausalzusammenhange. — Erreichung des erstrebten Vermögensvorteils gehört nicht zum Erfolge. — Ganz unhaltbar R 7, 248, welche Entscheidung annimmt, daß bei Erstrebung eines objektiv nicht rechtswidrigen, subjektiv aber dafür gehaltenen Vermögenvorteils Erpressungsversuch vorliege. (Putativdelikt!)

VI. **Idealkonkurrenz** ist namentlich mit Körperverletzung und nach den Ausführungen unter I auch mit Raub denkbar. Ebenso Olsh. 13. Vergl. noch §§ 240. 246. 362 zu Nr. 2

VII. **Qualifizierte Fälle** s. §§ 254. 255.

§ 254.

Wird die Erpressung durch Bedrohung mit Mord, mit Brandstiftung oder mit Verursachung einer Überschwemmung begangen, so ist auf Zuchthaus bis zu fünf Jahren zu erkennen.

Digitized by Google

Idealkonkurrenz kann hier besonders mit Landzwang (§ 126) eintreten.

§ 255.

Wird die Erpressung durch Gewalt gegen eine Person oder unter Anwendung von Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben begangen, so ist der Thäter gleich einem Räuber zu bestrafen.

Sogenannte **räuberische Erpressung.** Wegen der „Gewalt gegen eine Person" s. § 253 II 1; wegen der „Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben" § 249 II 4, wegen der Strafe §§ 249—251.

§ 256.

Neben der wegen Erpressung erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und neben der wegen Raubes oder Erpressung erkannten Zuchthausstrafe auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

Vergl. §§ 32. 38. 45.

Einundzwanzigster Abschnitt.

Begünstigung und Hehlerei.

I. In dem 21. Abschnitte faßt das Gesetz unter der Überschrift Begünstigung und Hehlerei eine Reihe von Delikten zusammen, die sich sämtlich in irgendwelcher Weise auf ein bereits begangenes anderes Delikt beziehen. Ich nenne dieses **Vordelikt.** Eben weil das Vordelikt in der Vergangenheit liegt, sind Begünstigung und Hehlerei keine Formen der Teilnahme. Vergl. Vorbem. I z. 3. Abschn. des 1. Teils. Behandelt sie das Gesetz demgemäß auch als selbständige Delikte, so wird sich doch zeigen, daß ihnen in mehrfacher Beziehung ebenso eine akzessorische Natur innewohnt wie der Anstiftung und der Beihilfe.

II. Das Verhältnis der §§ 257 ff. zu einander ist nicht ganz klar und bedarf einer voraufgehenden Erläuterung. Namentlich wird das Verständnis dadurch erschwert, daß das Gesetz den Begriff der Hehlerei in mehrfachem Sinne verwendet.

1. Die Begünstigung (§ 257) besteht in der Förderung eines Verbrechers, sei es um ihn vor Strafe zu schützen (persönliche Begünstigung), sei es um ihm die Vorteile des Verbrechens zu sichern (sachliche Begünstigung). Immer also erstrebt der Begünstiger einen Vorteil des Verbrechers. Verfolgt er dabei gleichzeitig einen eignen Vorteil, so ist die Begünstigung eine schwere (§ 257, letzter Teil des ersten Satzes). Diese schwere Begünstigung heißt Hehlerei und wird als solche besonders schwer bestraft, wenn das Vordelikt ein Diebstahl, eine Unterschlagung, ein Raub oder ein Quasi-Raub war (§ 258).

2 Verschieden von der Begünstigung ist die Partiererei des § 259 (obwohl auch sie den Namen Hehlerei oder Sachhehlerei führt). Während nämlich die Begünstigung eine objektive Förderung des Verbrechers verlangt, braucht eine solche bei der Partiererei nicht vorzuliegen. Ihre Strafbarkeit wird dadurch begründet, daß der Thäter den durch das Delikt geschaffenen rechtswidrigen Zustand perpetuiert. Das heißt: der Partierer wird gerade deshalb bestraft, weil er durch seine Thätigkeit dem Be-

Digitized by Google

rechtigten die Wiedererlangung der Sache erschwert, die ihm durch das Vordelikt entzogen ist. Während ferner subjektiv bei der Begünstigung ein Vorteil des Verbrechers erstrebt werden muß, muß der Partierer gerade einen Vorteil für sich selbst beabsichtigen. Daraus ergiebt sich, daß Idealkonkurrenz zwischen Begünstigung und Partiererei möglich ist. Ebenso Oppenh.-Del. 1 zu § 259, Waldthausen, Arch. 29, 389, Meyer 612, E 30, 268. A. A. Olsh. 28 zu § 259, Binding, Lehrb. 385.

§ 257.

Wer nach Begehung eines Verbrechens oder Vergehens dem Thäter oder Teilnehmer wissentlich Beistand leistet, um denselben der Bestrafung zu entziehen oder um ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, ist wegen Begünstigung mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn er diesen Beistand seines Vorteils wegen leistet, mit Gefängnis zu bestrafen. Die Strafe darf jedoch, der Art oder dem Maße nach, keine schwerere sein, als die auf die Handlung selbst angedrohte.

Die Begünstigung ist straflos, wenn dieselbe dem Thäter oder Teilnehmer von einem Angehörigen gewährt worden ist, um ihn der Bestrafung zu entziehen.

Die Begünstigung ist als Beihilfe zu bestrafen, wenn sie vor Begehung der That zugesagt worden ist. Diese Bestimmung leidet auch auf Angehörige Anwendung.

I. **Arten der Begünstigung.** Man unterscheidet persönliche oder echte und sachliche oder unechte Begünstigung. Jene liegt vor, wenn die Absicht darauf gerichtet ist, den Thäter oder Teilnehmer der Bestrafung zu entziehen, diese, wenn die Absicht darauf gerichtet ist, ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern. Nach der Ansicht der meisten sind die beiden Arten der Begünstigung wesentlich verschieden. (Abweichend z. B. Meyer 253/4; vergl. Vorbem. II 1 zum 21. Abschn.) Jene wende sich gegen die Rechtspflege, diese gegen das Vermögen. Für den Kommentator empfiehlt sich jedoch eine einheitliche Behandlung schon deshalb, weil die Differenz der Hauptsache nach nur im subjektiven Thatbestande liegt.

II. **Das Vordelikt.** — Die Begünstigung bezieht sich auf ein vorausgegangenes Delikt, und zwar auf ein Verbrechen oder Vergehen. Begünstigung einer Übertretung ist straflos. Hierin liegt folgendes:

1. Der Thatbestand des Vordelikts muß nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite hin erfüllt sein. Strafbare Begünstigung eines unzurechnungsfähigen oder schuldlosen oder in Notwehr befindlichen Thäters giebt es nicht. Abweichend Herzog in Konsequenz seiner o. S. 82 erörterten Ansicht über den Begriff der strafbaren Handlung. Ist das Vordelikt ein Antragsdelikt, so kann, weil der Antrag nicht zum Thatbestande gehört, die Begünstigung zwar schon vor Anbringung des Antrags geleistet werden, aber ihre Verfolgung ist davon abhängig, daß der Strafantrag gestellt wird. S. u. III. Der Umstand, daß dem Thäter des Vordelikts ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite steht, hindert nicht die Strafbarkeit der sachlichen Begünstigung, wohl aber die Möglichkeit persönlicher bezüglich dieses Thäters. Allerdings kann man thatsächlich die Absicht haben, eine Person der Strafe zu entziehen, die in Wahrheit gar nicht strafbar ist. In diesem rein subjektiven Sinne ist aber der Begriff der Absicht nicht zu verstehen. Übereinstimmen

Digitized by Google

bes. Binding, Normen 2, 468, wohl auch Olsh. 53. Vergl. die analoge Frage bei § 253 V a. E.

2. Bezieht sich die Beistandsleistung auf ein noch bevorstehendes Delikt, so ist sie nicht Begünstigung, sondern Beihilfe. Aber auch wenn das Delikt bereits begangen ist, kann eine dem Thäter gewährte Unterstützung noch Beihilfe sein, nämlich dann, wenn die Aufrechterhaltung des in strafbarer Weise begründeten Zustandes noch zum Thatbestande des Delikts gehört, dieses mit andern Worten ein fortdauerndes ist (§ 74 V 5 b). Z. B. ich verhindere den eingesperrten Menschen an der Wiedererlangung der Freiheit. Vergl. auch E 17, 227 (bezieht sich auf mehrfache Unterstützung eines fortgesetzten Delikts: Idealkonkurrenz von Begünstigung und Beihilfe).

3. Ist das Vordelikt bereits in das Stadium des strafbaren Versuchs eingetreten, ohne aber vollendet zu sein, so stellt sich die Unterstützung bald als Beihilfe, bald als Begünstigung dar. Beihilfe ist sie dann, wenn sie den Eintritt des Erfolges befördert (z. B. ich schüre ein zum Zwecke der Brandstiftung eines Hauses angezündetes Feuer), Begünstigung ist sie, wenn sie den Eintritt des Erfolges nicht befördert (z. B. ich verhelfe dem Thäter zur Flucht). Vergl. darüber Köhler, GS 61, 53, der aber das Gebiet der Beihilfe zu weit erstreckt.

III. **Akzessorietät der Begünstigung.** — Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß die Strafbarkeit der Begünstigung als solcher in mehrfacher Beziehung von der des Vordelikts abhängt. Ohne dieses hat die Beistandsleistung grundsätzlich ebensowenig strafrechtliche Bedeutung, wie der Anstiftung und der Beihilfe rechtliche Bedeutung ohne die Begehung der Hauptthat zukommt. Deshalb kann man der Begünstigung im gleichen Sinne mit den Motiven eine akzessorische Natur zuschreiben. Diese äußert sich insbesondere auch darin, daß sich der wegen des Vordelikts gestellte Strafantrag stillschweigend auch auf die Begünstigung bezieht und umgekehrt. § 63. Daraus ergiebt sich aber, daß, wenn das Vordelikt nur auf Antrag verfolgbar ist, das Gleiche auch für die Begünstigung gilt. Vergl. § 247 Abs. 3. So die herrschende Lehre, a. A. bes. Olsh. 51. Aus der rechtlichen Unselbständigkeit der Beistandsleistung an sich folgt aber auch, daß eine mehrfache Beistandsleistung in Bezug auf dasselbe Vordelikt immer nur als eine strafbare Handlung erscheint (vergl. § 74 V 2). Ebenso Olsh. 26, Köhler GS 61, 79. 80. Im übrigen äußert sich die Akzessorietät auch in prozessualer Beziehung, z. B. StPO. §§ 3. 56 Nr. 3.

Allerdings ist die Abhängigkeit der Begünstigung von der Hauptthat nicht immer die gleiche wie bei Anstiftung oder Beihilfe. Namentlich ist darauf hinzuweisen, daß ein rein persönlicher Strafausschließungsgrund des Hauptthäters zwar dem Anstifter und Gehilfen niemals zu gute kommt, aber sehr wohl bei persönlicher Begünstigung auf den Begünstigten wirken kann. Denn wenn ein solcher Umstand dem Hauptthäter zur Seite steht, so kann er nicht der Strafe „entzogen" werden.

IV. **Thäter** der Begünstigung kann nach dem Wortlaute des Gesetzes jeder sein, gleichwohl müssen verschiedene Einschränkungen gemacht werden:

1. Die Selbstbegünstigung ist straflos. Dieser niemals angezweifelte Satz findet auch im Wortlaute des Gesetzes seine Stütze. Denn man kann sich nicht selbst „Beistand leisten".

2. Auch die Begünstigung, welche Thäter des Vordelikts oder Teilnehmer an demselben einander leisten, ist nach richtiger Ansicht straflos. Der Beweis für diese sehr bestrittene Behauptung liegt in dem dritten Satze des § 257. Wer nämlich vor der That eine nach ihrer Begehung zu leistende Unterstützung zusagt, macht sich der psychischen Beihilfe schuldig, insofern er den verbrecherischen Entschluß stärkt oder dem Thäter Verhaltungsmaßregeln giebt. Gegenüber dieser psychischen Beihilfe aber soll der nachträglich wirklich gewährte Beistand nicht mehr als Begünstigung in Betracht kommen. Hat somit schon die leichteste Form der Teilnahme gegenüber der Begünstigung konsumierende Kraft, so muß diese noch vielmehr der Anstiftung und

Digitized by Google

der Mitthäterschaft zugestanden werden. Ähnlich Villnow, Raub und Erpressung (1875) 68 ff. Im Ergebnis übereinstimmend Hälschner 2, 882, Merkel in Holtzend. Handb. 4, 425, v. Kries, Ztschr. 7, 565, Kohler, Studien 1, 128, Rüd.-Stengl. 18, Köhler, GS 61, 61 ff (welch' letzterer aber gewisse Ausnahmen zuläßt). A. A. die herrschende Lehre, z. B. Olsh. 27, Oppenh.-Del. 2, v. Liszt § 183, Höpfner, Einheit u. Mehrheit d. Verbrechen (1901) 222, E 16, 374. 21, 375. Aber selbst Nieland (Über Zusammentreffen von Begünstigung mit Teilnahme. [1892]), der die herrschende Lehre am entschiedensten vertritt, muß zugeben, daß die geschichtliche Entwicklung ebensowohl gegen ihn spricht wie die ausländische Gesetzgebung. Wenn sich die herrschende Lehre auf die angeblich selbständige Natur der Begünstigung stützt, so widerlegt sich dies durch die Ausführungen unter III.

3. Eine andere Frage ist die, ob der Thäter oder Teilnehmer sich der Anstiftung oder Beihilfe zu der ihm selbst (von einem dritten) gewährten Begünstigung schuldig machen kann. Auch sie muß entgegen der herrschenden Lehre (E 4, 60. 8, 366) verneint werden. Denn wenn, wie unter 2 dargelegt wurde, die Beteiligung an der Hauptthat die nachfolgende Begünstigung eines Teilnehmers konsumiert, so muß das Gleiche erst recht für die eigene Begünstigung in jeder Form gelten. — Die Ansichten gruppieren sich wie zu 2. Doch stehen hier Meyer 259 und v. Liszt § 183 auf unserer Seite.

V. Die **Handlung** besteht darin, daß dem Thäter oder Teilnehmer Beistand geleistet wird. Ob dies vor oder nach der Verurteilung geschieht, ist gleichgiltig. Ebensowenig kommt es darauf an, ob durch die Beistandleistung in der That der Verbrecher der Strafe entzogen wird, bezw. ob ihm die Vorteile des Delikts gesichert werden, oder nicht. Im Begriff der Beistandsleistung liegt aber, daß eine wirkliche Förderung zu teil wird. Ebenso v. Liszt § 183, Meyer 256, Köhler GS 61, 56. Vergl. Frank, Ztschr. 12, 319. Viel zu weit gehen die herrschende Lehre und das RG (E 20, 233. 21, 375), welche Beistandsleistung schon dann annehmen, wenn nur eine auf Unterstützung abzielende Handlung vorgenommen wurde. Dem liegt eine Verwechselung von Vollendung und Versuch zu Grunde.

Die Art und Weise der Beistandleistung kann selbstverständlich eine sehr verschiedene sein:

1. Für die persönliche Begünstigung kommen z. B. in Betracht: Einhändigung der Mittel zur Flucht, Verdeckung von Spuren der That, Ablegung eines falschen, wenn auch unbeeidigten Zeugnisses, Befreiung des gefangenen Thäters (Idealkonkurrenz mit § 120; ebenso Olsh. 20, E 7, 244, während u. a. Köhler GS 61, 70 nur Gefangenenbefreiung annimmt), widerrechtliche Verweigerung der Zeugenaussage (nicht: gegenüber einem Polizeibeamten, weil diesem gegenüber keine Verpflichtung zur Aussage obwaltet), Einwirkung auf Zeugen, Unterlassung der pflichtgemäßen Anzeige (wird jedoch meist unter § 346 fallen). Man wird auch nicht umhin können, die Anstiftung oder Beihilfe zum Selbstmorde des Thäters usw. als Begünstigung zu qualifizieren. Ein rechtlich erlaubtes Verfahren kann dagegen niemals strafbare Begünstigung sein. Der Verteidiger macht sich selbst dann nicht strafbar, wenn er im Interesse des schuldigen Angeklagten unwahre Behauptungen aufstellt. Denn rechtliche Grenzen sind, sofern es sich um die Vertretung oder „Verbeistandung" des Angeklagten handelt, der Verteidigung nicht gezogen. Ebenso im Ergebnis Olsh. 15. A. A. Köhler GS 61, 68; vergl. auch Birkmeyer, Deutsches Strafprozeßrecht (1898) 357. Daß sich der Verteidiger der Begünstigung schuldig machen kann, wenn er außerhalb dieser pflichtmäßigen Thätigkeit in den Gang der Justiz eingreift, z. B. Zeugen besticht, ist selbstverständlich. Im übrigen sind namentlich folgende Fälle bestritten;

   a) Verbüßung der Strafe für einen andern. Hier muß grundsätzlich Begünstigung angenommen werden. E 8, 366. Doch sprechen überwiegende Gründe

Digitized by Google

für die Verneinung, wenn bei Geldstrafe dem Verurteilten vor der Bezahlung der Betrag geschenkt oder an seiner Stelle gezahlt oder ihm nach der Zahlung ersetzt wird. Im letzten Falle liegt deshalb keine Begünstigung vor, weil der Strafanspruch des Staates bereits getilgt ist, der Thäter also der Strafe nicht mehr entzogen werden kann; im ersten Falle erfolgte die Zahlung immerhin aus dem Vermögen des Thäters und in den beiden ersten Fällen wird die Vollstreckung der Strafe nicht vereitelt, sondern umgekehrt ermöglicht. So bes. v. Lilienthal DJZ 2, 489 ff, der mit Recht auch Preßges. § 16 für diese Auffassung heranzieht. Im Ergebnis übereinstimmend Bozi DJZ 1, 257 ff, v. Liszt § 183, Meyer 586, Köhler, GS 61, 71. Umgekehrt wird Begünstigung angenommen von v. d. Decken, Ztschr. 12, 97 ff., Reinhardt, Geldstrafe und Buße (1890), Lammasch DJZ 2, 432 ff. Die meisten vertreten eine Mittelmeinung in dem Sinne, daß nur bei Täuschung der Behörde über die Person des Zahlenden (Idealkonkurrenz mit § 271) Begünstigung gegeben sei. So z. B. Olsh. 21. Dagegen erklärt E 30, 23 Begünstigung anscheinend in allen besprochenen Fällen für möglich, wobei betont wird, daß der Verurteilte dem Strafleiden entzogen werde. Dagegen v. Lilienthal a. a. O;

b) falsche thatsächliche Erklärungen in einem für einen andern eingereichten Begnadigungsgesuche. Hier ist Begünstigung zu bejahen. Ebenso v. Liszt § 183, Meyer 585, Rüb.-Stengl. 9. Meist wird angenommen, daß nur bei Vorlegung falscher Bescheinigungen Begünstigung vorliege. So Hälschner 2, 876, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 740. 4, 427, Olsh. 19. Schlechthin verneinend Oppenh.-Del. 14;

c) Einwirkung auf den Antragsberechtigten in der Art, daß er veranlaßt wird, den Strafantrag nicht zu stellen oder den gestellten zurückzuziehen. Wenn das Gesetz die Durchführung des staatlichen Strafanspruchs von dem Willen des Antragsberechtigten abhängig macht, so macht es ihn auch von den Faktoren abhängig, die für die Willensbildung maßgebend sind. Daher ist grundsätzlich Begünstigung zu verneinen. A. A. Rüb.-Stengl. 4. Ist allerdings der Antragsberechtigte zu seinem Verhalten genötigt worden (§ 240), so daß sein wahrer Wille nicht zum Ausdrucke kommt, so kann darin Begünstigung liegen. Ähnlich die meisten. Vergl. zu der Frage Köhler, GS 61, 59.

2. Zum Thatbestand der sachlichen Begünstigung genügen nur solche Handlungen, die dazu bestimmt sind, dem Thäter die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern, namentlich also zu verhindern, daß der rechtmäßige Besitzer die ihm durch die strafbare Handlung entzogene Sache wiedererlange. Die Handlungen müssen also bestimmt sein, den durch das Vordelikt verursachten Zustand zu perpetuieren. Ungenügend sind solche, die nur eine Erleichterung oder vorteilhaftere Gestaltung der Benutzung bezwecken, z. B. Heilung des gestohlenen Pferdes, Verarbeitung des gestohlenen Tuches. E 26, 119. Kohler, Studien 1, 159, Köhler GS 61, 78.

VI. Der **Vorsatz** der Begünstigung setzt sich aus folgenden Bestandteilen zusammen:

1. Bewußtsein, daß der Unterstützte ein Verbrechen oder Vergehen begangen habe. Dieses Bewußtsein kann auf einem verschiedenen Grade der Kenntnis beruhen:

a) Der Begünstiger weiß im einzelnen, was der andere gethan hat. In diesem Falle kann das Bewußtsein der Strafbarkeit dieser That nur dann verlangt werden, wenn es sich um persönliche Begünstigung handelt. S. u. 3. Insofern ist Köhler, GS 61, 66 im Recht. Vergl. auch Binding, Normen 2, 468. Ist dagegen die Begünstigung eine sachliche, so gehört das Bewußtsein, daß die Handlung des „andern" strafbar sei, nicht zum Dolus, noch viel weniger die Kenntnis davon, daß sich das Vordelikt gerade als Verbrechen oder Vergehen darstelle;

Digitized by Google

b) der Begünstiger weiß im einzelnen nicht, was der andere gethan hat. In diesem Falle muß er wissen, daß etwas Strafbares begangen wurde. Aber dieses Bewußtsein genügt nicht. Zwar kann das Bewußtsein der rechtlichen Qualifizierung auch in diesem Falle nicht gefordert werden, immerhin aber ist das Bewußtsein zu verlangen, daß eine schwerere strafbare Handlung begangen wurde. Hiermit stimmen im wesentlichen überein E 5, 23. 13, 81. R 8, 621. 650. Vergl. noch Binding, Normen 2, 566. 568 (Bewußtsein, daß eine strafbare Handlung begangen wurde) und (mit eingehenden Litteraturnachweisungen) Köhler, GS 61, 65. — Überall kann das Bewußtsein in der Form des dolus eventualis auftreten.

2. Bewußtsein, Beistand zu leisten. Dagegen braucht der Unterstützte nicht zu wissen, daß ihm Beistand geleistet wird.

3. Absicht (§ 59 IV), entweder a) den Unterstützten der Bestrafung zu entziehen (persönliche Begünstigung), oder b) ihm die Vorteile des Verbrechens oder Vergehens zu sichern (sachliche Begünstigung). — In keinem Falle genügt das bloße Bewußtsein, daß die Beistandleistung einen der bezeichneten Erfolge haben werde. Vielmehr ist erforderlich, daß der Thäter gerade durch die Vorstellung dieses zu erreichenden Zieles zum Handeln bestimmt (oder mitbestimmt) wurde. Ebenso bes. Köhler, GS 61, 57, E 23, 105. 32, 24. Daher würde meines Erachtens Begünstigung nicht vorliegen, wenn der Agent einer Schiffahrtsgesellschaft nur mit Rücksicht auf die Provision den Überfahrtsvertrag nach Amerika mit einem Verbrecher abschließt. Auf das weiter zurückliegende Motiv (Mitleid) kommt es ebensowenig an wie auf einen jenseits der bezeichneten Absicht erstrebten Erfolg. Wer einen andern begünstigt, weil er selbst durch die Verurteilung kompromittiert würde, hat immerhin die Absicht, ihn der Bestrafung zu entziehen. E 32, 24. — Die irrtümliche Meinung, daß der Thäter straflos sei (z. B. wegen Verjährung), ist unvereinbar mit dem Dolus der persönlichen Begünstigung.

Was die **Vorteile des Verbrechens oder Vergehens** betrifft, die bei der sachlichen Begünstigung dem Verbrecher gesichert werden sollen, so nehmen die meisten an, daß nur Vermögensvorteile gemeint seien. So z. B. Olsh. 31. Dies ist jedoch zu eng. Bei Fälschung eines Adelsbriefs kann z. B. der Vorteil in der Führung des Adelsprädikats liegen, und dieser Vorteil kann zweifellos dem Fälscher gesichert werden. Grundsätzlich übereinstimmend u. a. Oppenh.-Del. 15, Köhler, GS 61, 77 und E 25, 265 (in concreto aber zu weit gehend). Ebensowenig kann man Olsh. 30 und den dort Angeführten zustimmen, daß sachliche Begünstigung nur bei Vermögensdelikten möglich, besonders aber bei Mord und Körperverletzung ausgeschlossen sei. Denn der Vorteil dieser Delikte kann gerade in der Erreichung eines Vermögensvorteils liegen. S. o. IV 2.

VII. **Erschwerter Fall.** — Erschwert ist die Begünstigung, wenn durch den geleisteten Beistand gleichzeitig der Vorteil des Begünstigers angestrebt wird. Auf seine Erreichung ommt es nicht an. Der Begriff des Vorteils beschränkt sich nicht auf den Vermögensvorteil. Immerhin aber muß eine irgendwie meßbare Aufbesserung der Verhältnisse intendiert werden. Die herrschende Lehre (z. B. Olsh. 38) erklärt wie bei § 49a (vergl. das. VI 2) auch ganz vorübergehende Genüsse für ausreichend. Dagegen u. a. Binding, Lehrb. 283, der aber annimmt, das Gesetz beziehe sich nur auf Vermögensvorteile.

VIII. Da die **Strafe** der Begünstigung niemals höher sein darf als die auf das Vordelikt angedrohte, so kann, wenn diese nur eine Geldstrafe ist, auch bei erschwerter Begünstigung nur auf Geld erkannt werden.

IX. **Strafausschließungsgrund.** — Leistet ein Angehöriger (§ 52 Abs. 2) persönliche Begünstigung, so steht ihm der persönliche Strafausschließungsgrund des zweiten Absatzes zur Seite. Dieser wirkt auch dann, wenn der Angehörige nur als Anstifter oder Gehilfe bei der Begünstigung erscheint. E 14, 102. Vergl. jedoch Abs. 3.

Digitized by Google

X. Zu **Abs. 3** s. oben IV 2.

XI. Wegen **Idealkonkurrenz** vergl. Vorbem. II z. 21. Abschn. u. o. V 1.

§ 258.

Wer seines Vorteils wegen sich einer Begünstigung schuldig macht, wird als Hehler bestraft, wenn der Begünstigte

1. einen einfachen Diebstahl oder eine Unterschlagung begangen hat, mit Gefängnis,
2. einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen begangen hat, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Diese Strafvorschriften finden auch dann Anwendung, wenn der Hehler ein Angehöriger ist.

I. Die hier behandelte sogenannte **Personenhehlerei** ist nichts anderes als ein besonders schwerer Fall der Begünstigung. Wenn vielfach wegen der in das Gesetz aufgenommenen Worte „als Hehler" die Selbständigkeit des Delikts oder doch die Unanwendbarkeit verschiedener für die einfache Begünstigung gegebenen Vorschriften behauptet wird, so widerlegt sich diese Auffassung durch den letzten Absatz der vorliegenden Stelle. Denn erklärlich ist die hier gegebene Bestimmung nur auf Grund der Annahme, daß ohne sie der zweite Absatz des § 257 auch auf die Personenhehlerei Anwendung fände. So bes. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 743, Binding, Lehrb. 385. Vergl. dazu Köhler, GS. 61, 90 ff.

Ist aber die Personenhehlerei nur eine qualifizierte Begünstigung, so ergiebt sich folgendes:

1. § 257 Abs. 3 findet nebst allen daraus gezogenen Folgerungen auch auf die Personenhehlerei Anwendung. Vergl. § 257 IV. A. A. bes. Olsh. 5.
2. Ist das Vordelikt ein Antragsdelikt, so ist es auch die Personenhehlerei. Ebenso Merkel, Holtzend. Handb. 3, 743, Rüd.-Stengl. 6, Meyer 610, Hälschner 2, 886. A. A. die meisten, vergl. Olsh. 6, Köhler, GS 61, 90. Praktische Bedeutung hat die Frage allerdings nur für den Fall, daß der Hehler ein Angehöriger des durch den Diebstahl oder die Unterschlagung Verletzten ist. S. § 247.
3. Unter den entsprechenden Voraussetzungen wie die einfache Begünstigung (vergl. § 257 II 3) ist auch Personenhehlerei bei nur *versuchtem* Vordelikte möglich. Ebenso E 31, 40.
4. Die weitere Folgerung, daß die Strafe des Hehlers nicht höher sein darf als die auf das Vordelikt angedrohte, hat nur für die Unterschlagung Bedeutung, weil im übrigen die im § 258 normierten Strafen die des Vordelikts nicht übersteigen.

II. Die Begriffe des Diebstahls, der Unterschlagung, des Raubes oder des Quasi-Raubes sind lediglich im Sinne der §§ 242. 246. 249. 252. 255 zu nehmen. Der sogenannte Mundraub (§ 370 Nr. 5) gehört ebensowenig hierher wie der landesrechtlich strafbare Feld- oder Forstdiebstahl.

III. Der **Dolus** muß bei der Personenhehlerei in höherem Maße spezialisiert sein als bei der einfachen Begünstigung, insofern nämlich der Thäter wissen muß, daß gerade eines der im § 258 bezeichneten Delikte begangen wurde. Zu diesem Bewußtsein ist aber die Kenntnis der rechtlichen Qualifizierung nicht erforderlich, es genügt vielmehr auch die Kenntnis der Thatsachen, aus denen sich die betr. Deliktsbegriffe ergeben. Übereinstimmend Binding, Lehrb. 384, Köhler, GS 61, 89.

Digitized by Google

IV. War das Vordelikt Raub oder Quasi-Raub, so ist die Hehlerei Verbrechen, und daher auch der Versuch strafbar. Ebenso v. Liszt § 183, Köhler, GS 61, 92. Die herrschende Lehre dagegen leugnet die Möglichkeit eines Versuchs, weil sie schon eine in der Absicht der Förderung vorgenommene Handlung als vollendete Begünstigung ansieht und deshalb für den Versuch kein Raum bleibt. S. § 257 V.

§ 259.

Wer seines Vorteils wegen Sachen, von denen er weiß oder den Umständen nach annehmen muß, daß sie mittels einer strafbaren Handlung erlangt sind, verheimlicht, ankauft, zum Pfande nimmt oder sonst an sich bringt oder zu deren Absatze bei Anderen mitwirkt, wird als Hehler mit Gefängnis bestraft.

I. Über das Wesen der **Partiererei oder Sachhehlerei** im allgemeinen und ihr Verhältnis zur Begünstigung s. Vorbem. II zum 21. Abschn.

II. **Objekt und Vordelikt.** — Objekt der Partiererei kann nur eine Sache, keine Forderung, kein Recht sein. Vergl. §§ 242 I. 246 II 1. Auf Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit kommt es nicht an. Selbst an der eigenen Sache kann unter Umständen (vergl. bes. § 289) Partiererei begangen werden. E 18, 303. 20, 222. Immer aber ist Voraussetzung, daß die Sache mittels einer strafbaren Handlung erlangt wurde. Hierin liegt folgendes:

1. Welcher Art die strafbare Handlung war, ist an sich gleichgiltig, namentlich genügt eine Übertretung (anders bei der Begünstigung), auch braucht das Vordelikt nicht gerade ein Vermögensdelikt zu sein; z. B. ist es sehr wohl möglich, daß eine Sache durch einen Meineid erlangt wurde. E 4, 440. Endlich genügt auch eine landesrechtlich strafbare Handlung. Über die Frage, ob das Landesrecht die Partiererei selbständig regeln kann, s. EG § 2 V. Steht dem Thäter des Vordelikts ein persönlicher Strafausschließungsgrund zur Seite, oder ist seine Handlung wegen ausländischer Begehung oder wegen Verjährung nicht verfolgbar, so ändert dies nichts an der Strafbarkeit der Handlung und somit auch nichts an der der Partiererei. Ebenso bzgl. im Auslande begangener Delikte E 18, 298. A. A. bzgl. der Verjährung Binding, Lehrb. 387. Immer aber muß auch der subjektive Thatbestand des Vordelikts erfüllt sein. Daher liegt nicht Partiererei, wohl aber möglicherweise Unterschlagung vor, wenn jemand eine Sache an sich bringt, die ein Wahnsinniger entwendet hatte. Ob Partiererei an einer von einem Strafunmündigen entwendeten Sache denkbar ist, hängt von der Beantwortung der zu §§ 55 II. 56 III beleuchteten Fragen ab. S. E 6, 336.
2. Die strafbare Handlung muß als das Mittel zur Erlangung der Sache erscheinen, d. h. es muß ein Vormann des Partierers die Sache in dem Sinne „mittels" einer strafbaren Handlung erlangt haben, daß zwischen dieser und der Erlangung Kausalzusammenhang besteht. Dies kann auch dann zutreffen, wenn der unmittelbare Vormann ein gutgläubiger Besitzer war. So die herrschende Lehre und R 3, 622. 6, 451. A. A. Billnow, Raub und Erpressung (1875) 97. S. dazu u. 3 und wegen des Falls, daß der Vormann sich die Sache im Wege der Unterschlagung zugeeignet hatte, § 246 III 1.
3. Obwohl die erwähnten Thatbestandsmerkmale gegeben sind, können doch bürgerlichrechtliche Vorschriften dem Thatbestande der Partiererei entgegenstehen, nämlich dann, wenn trotz des strafbaren Erwerbs der Sache der Erwerber unanfechtbarer Eigentümer geworden ist. Denn der Eigentumserwerb an der Sache bewirkt den zivilrechtlichen Schutz aller über sie getroffenen Verfügungen, und eine Verfügung, die zivilrechtlichen Schutz erfährt, kann als solche nicht zum Gegenstande eines strafrichterlichen

Digitized by Google

Einschreitens gemacht werden. Daher liegt in dem Ankaufe einer erbettelten Sache oder eines von dem Jagdberechtigten während der Schonzeit erlegten Wildes ebensowenig Partiererei wie in dem Erwerbe des Hurenlohnes einer Frauensperson, welche gewerbsmäßige Unzucht treibt. So die herrschende Lehre. E 6, 218. 7, 91. 11, 342. Aus dem gleichen Grunde kann auch an der Sache, die an Stelle der in strafbarer Weise erlangten getreten ist, keine Partiererei begangen werden, also z. B. nicht an der Uhr, die der Dieb für das gestohlene Geld gekauft hat; nicht an dem Gelde, das auf das gestohlene Sparkassenbuch erhoben wurde, ja nicht einmal an dem für das gestohlene eingewechselten Gelde. So die herrschende Lehre, welche aber die Begründung zumeist in einer „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges" findet. E 2, 443. 8, 433. 23, 53. 26, 317. Bedenklich E 4, 321. R 2, 72. Trotz Verarbeitung der gestohlenen Sache nimmt E 25, 402 und trotz Vermischung E 29, 155 Partiererei an. Die erstere dieser Entscheidungen ist indessen jetzt gegenüber BGB § 950 nicht haltbar (so auch Binding, Lehrb. 387, Olsh. 4 und jetzt RG. Urt. v. 3./2 1902, Arch. 49, 117), und bedenklich ist auch die zweite. Über beide Urteile s. Köhler, GS 61, 103. Mit Recht hält dagegen die herrschende Lehre daran fest, daß der Erwerb eines vitiösen, d. h. anfechtbaren Eigentums der Partiererei nicht entgegensteht. Obwohl also die durch Betrug oder Erpressung erlangte Sache zunächst in das Eigentum des Empfängers übergeht, kann sich ein dritter demnach solange der Partiererei daran schuldig machen, als noch die Anfechtungsmöglichkeit besteht. Vergl. Merkel und Holtzend. Hdb. 3, 745. 4, 429, Olsh. 17, die jedoch mit der hier vertretenen Ansicht nicht völlig übereinstimmen. Wollte man das anfechtbare Eigentum dem unanfechtbaren gleichstellen, so wäre der Thatbestand des § 259 nahezu durch den der Unterschlagung gedeckt — Aus dem hier Gesagten folgt übrigens auch, daß das Dazwischentreten einer Mittelsperson der Möglichkeit weiterer Partiererei entgegenstehen kann, dann nämlich, wenn die Mittelsperson zufolge ihres guten Glaubens Eigentum an der Sache erworben hat. Ebenso Binding, Lehrb. 386. Näheres über die Frage bei Köhler, GS 61, 109.

4. Eine Sache, die durch die strafbare Handlung hervorgebracht wurde, ist nicht mittels ihrer erlangt; z. B. die gefälschte Urkunde oder Münze. Ebenso Binding 387, Olsh. 4. A. A. Köhler, GS. 61, 108 bezügl. solcher producta sceleris, welche der Einziehung unterliegen.

III. **Verhältnis der Partiererei zum Vordelikte.** — Aus dem Gesagten ergiebt sich, daß die Partiererei in ähnlicher Weise wie die Begünstigung in einem Akzessorietätsverhältnisse zu dem Vordelikte steht. R 9, 712. Ist sie hiernach keine völlig selbständige Handlung, so folgt, daß mehrfache Partiererei von seiten derselben Person hinsichtlich einer oder mehrerer durch dieselbe strafbare Handlung erlangten Sachen im Rechtssinne nur als eine Handlung erscheint. Hieran ist gegen Olsh. 26 aus denselben Gründen festzuhalten, die bei mehrfacher Beihilfe zu derselben Hauptthat zur Ablehnung der Realkonkurrenz führen. Näheres bei Köhler, GS 61, 122 ff. Immerhin aber besitzt die Partiererei eine größere Selbständigkeit gegenüber dem Vordelikte als die Begünstigung. Das zeigt sich in folgenden Beziehungen:

1. Die Partiererei ist niemals Antragsdelikt, auch dann nicht, wenn es das Vordelikt ist. Denn die §§ 63 und 247 sprechen nur von dem Begünstiger, nicht von dem „Hehler". So die herrschende Lehre. A. A. Häschner 2, 886, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 743, Meyer 610.
2. Die Höhe der auf die Partiererei angedrohten Strafe ist unabhängig von der des Vordelikts.
3. Auch Angehörige des Thäters des Vordelikts oder des Teilnehmers an demselben machen sich durch Partiererei strafbar.

IV. Was die **Handlung** betrifft, so ist die richtige Gruppierung der vom Gesetze aufgezählten Thätigkeiten für seine Auslegung sehr wichtig.

1. Offenbar erscheinen das Ankaufen und Zumpfandnehmen als Beispiele des „Ansich-

Digitized by Google

bringens". Ob das Gleiche auch für das Verheimlichen gilt, ist zweifelhaft. Überwiegende Gründe, namentlich die Überlieferungen aus der preußischen Praxis (vergl. Oppenhoff, Pr. StGB 5. Auflage zu § 237) und die Entstehungsgeschichte (Olsh. 8), sprechen dafür, daß das Verheimlichen nicht als eine Unterart des „Ansichbringens", sondern als ein selbständiger Fall der Partiererei anzusehen ist. So die herrschende Lehre; vergl. E 33, 120. Hieraus folgt, daß die Verheimlichung auch ohne „Ansichbringen" der Sache, z. B. durch Irreführung des suchenden Beamten oder Eigentümers, begangen werden kann. S. auch u. V 1.

2. Der Begriff des Ansichbringens setzt jedenfalls die Erlangung einer thatsächlichen Verfügungsgewalt über die Sache, regelmäßig also Besitzerwerb, voraus; doch genügt bei unbeweglichen Sachen auch Eintragung in das Grundbuch. Vergl. auch E 23, 27 (Erwerb des Pfandscheins). Anderseits erfüllt das bloße Ankaufen ohne Erlangung der Verfügungsgewalt den Begriff des Ansichbringens nicht. E 17, 59. A. A. Kohler, Studien 1, 20. Das Mitgenießen der Sache oder die Erlangung des Unterhalts durch sie stellt sich nur dann als Partiererei dar, wenn sich die Erlangung einer eigenen Verfügungsgewalt über die Sache damit verbindet. Dies ist z. B. nicht der Fall, wenn der Dieb einen andern aus der gestohlenen Flasche Weines trinken läßt (ein Fall der Sachbeschädigung, wie Binding, Lehrb. 388/9 mit Recht bemerkt), wohl aber, wenn der Dieb einem andern von einem Weine zu beliebiger Verfügung in dessen Gefäß gießt. So die herrschende Lehre. E 4, 48. 9, 199. Dagegen sehen Meyer 611 und Köhler, GS 61, 95 in dem Mitgenießen stets ein „Ansichbringen". Ebensowenig erlangt die Ehefrau, welche die von dem Manne gestohlene Sache in der ehelichen Wirtschaft verwendet, eine eigene Verfügungsgewalt. E 2, 401. Im übrigen ist der Begriff des Ansichbringens so unbestimmt, daß er nur aus den gegebenen Beispielen des Ankaufens und Zumpfandenehmens erklärt werden kann. Diese sprechen zunächst dafür, daß es sich stets um einen mit Willen des seitherigen Inhabers erfolgenden, also abgeleiteten, derivativen Erwerb handeln muß. Eine Wegnahme der Sache ohne jenen Willen kann vielleicht als Diebstahl oder Raub, aber nicht als Partiererei erscheinen. So die herrschende Lehre. E 20, 209, R 9, 712. Sodann ergiebt sich aus den gewählten Beispielen, daß Ansichbringen eine solche Verfügungsgewalt bedeutet, durch die ein Recht an der Sache selbst erworben wird oder wenigstens erworben werden soll. Ähnlich die herrschende Lehre, indem sie fordert, daß die Verfügungsgewalt erlangt sein müsse, um über die Sache zu eigenen Zwecken zu verfügen. Binding, Lehrb. 390, Olsh. 10, Oppenh.-Del. 18. Das bloße Entleihen oder die Annahme zum Depositum genügt daher nicht (wohl aber kann dadurch der Begriff der Verheimlichung erfüllt werden); genügend ist dagegen das Annehmen zum Geschenke, in Zahlung, in Tausch. Auf die zivilrechtliche Giltigkeit des Vertrags, der den Übergang der Verfügungsgewalt vermitteln soll, kommt es nicht an. E 4, 184.

3. Eine Mitwirkung zum Absatze bei dritten liegt vor, wenn im Einverständnisse mit dem seitherigen Inhaber (regelmäßig dem Thäter des Vordelikts) die wirtschaftliche Verwertung der Sache durch Übergang derselben an einen dritten bewirkt oder bei einer solchen Verwertung (im Einverständnisse mit dem seitherigen Inhaber) mitgewirkt wird. Als wirtschaftliche Verwertung genügt auch die Verpfändung. E 17, 392. Ein unentgeltliches Losschlagen der Sache (Verschenken) soll nach E 32, 214 nicht genügen. Dagegen Binding, Lehrb. 390. Ohne ausdrückliches Einverständnis des seitherigen Inhabers kann von einem Mitwirken keine Rede sein. E 24, 352. Liegt aber dieses Einverständnis vor, so genügt auch eine rein mechanische Thätigkeit, z. B. das Überbringen der Sache. Nach richtiger Ansicht muß der Absatz perfekt geworden sein. Denn nur unter dieser Voraussetzung kann man von einer Perpetuierung des rechtswidrig begründeten Zustandes sprechen. Überdies geht dem „Ansichbringen" nicht das versuchte, sondern nur das vollendete Absetzen

Digitized by Google

parallel. So Binding, Lehrb. 391, Meyer 611, Oppenh.-Del. 21, Köhler GS 61, 98. A. A. Olsh. 15, Merkel in Holtzend. Handb. 4, 413, E 5, 251. 8, 531.

V. Die **Verschuldung** setzt sich aus folgenden Bestandteilen zusammen:

1. Bewußtsein, daß die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt wurde. Dieses Bewußtsein kann sein
   a) eine Kenntnis der Art und Weise der Erlangung im einzelnen. In diesem Falle braucht der Partierer das Moment der Strafbarkeit ebensowenig zu erkennen wie der Gehilfe und der Begünstiger. Vergl. § 257 VI 1 a;
   b) nur das allgemeine, nicht spezialisierte Bewußtsein, daß die Sache durch eine strafbare Handlung erlangt wurde. In diesem Falle ist selbstverständlich Bewußtsein der Strafbarkeit erforderlich.

   In beiden Fällen muß das Bewußtsein zu der Zeit vorhanden sein, in der die betreffende Handlung vorgenommen wurde. Mala fides superveniens genügt nicht. E 2, 69. R 5, 616. (Möglicherweise liegt alsdann Unterschlagung vor). Trotz gutgläubigen Erwerbs kann sich aber der Besitzer der Partiererei schuldig machen, wenn er die Sache nach erlangter Kenntnis verheimlicht. E 33, 120. Es wird aber die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis der Provenienz der Sache der Kenntnis der Provenienz gleichgestellt. So auffallend dies ist, so kann man doch die Worte „oder den Umständen nach annehmen mußte" nicht anders deuten. Ebenso v. Liszt § 147, Meyer 612, Merkel in Holtzend. Handb. 4, 430, Köhler, GS 61, 105 (der jedoch grobe Fahrlässigkeit fordert). E 2, 140. Viel zu weit gehen diejenigen, welche wie A. Frank, Der subjektive Thatbestand des Deliktes der Sachhehlerei (1899) 18 ff. Fahrlässigkeit nicht nur in Beziehung auf die Provenienz der Sache, sondern bezüglich aller Thatbestandsmerkmale für ausreichend ansehen. Die herrschende Lehre dagegen verlangt Vorsatz und findet in den zitierten Worten nur eine widerlegliche Beweisregel in dem Sinne, daß der nachgewiesene gute Glaube stets von der Strafe befreit. So Binding, Lehrb. 392/3, Olsh. 21, Hälschner 2, 893, Oppenh.-Del. 10, E 7, 85. R 7, 752;
2. Bewußtsein, die Sache zu verheimlichen, an sich zu bringen oder zu ihrem Absatze bei dritten mitzuwirken;
3. Absicht, durch die Handlung einen eignen Vorteil zu erlangen. Absicht bezeichnet den erstrebten Erfolg Vergl. § 59 IV. Ebenso E 27, 342. Absicht, einem andern einen Vorteil zu verschaffen, genügt nicht. E 27, 342. Der Vorteil braucht kein Vermögensvorteil zu sein. Indessen geht die herrschende Lehre viel zu weit, wenn sie schon in dem Erstreben eines nur vorübergehenden sinnlichen Genusses einen Vorteil sieht. So z. B. E 4, 48. Es muß vielmehr wie bei § 49a eine rechtlich ins Gewicht fallende Besserung der Lage erstrebt werden. Anderseits steht der Umstand, daß der volle Preis für eine Sache gezahlt, also nur der normale Handelsgewinn erstrebt wurde, dem Begriffe des Vorteils nicht entgegen. E 3, 167. R 1, 830. 2, 772.

VI. Was die Möglichkeit der **Thäterschaft** betrifft, so unterliegt es zunächst keinem Zweifel, daß (im Gegensatze zur Begünstigung) sich auch solche Personen wegen Partiererei strafbar machen können, die Angehörige des Thäters des Vordelikts oder der Teilnehmer an demselben sind. Bestritten dagegen ist die Frage, ob Thäterschaft auch von seiten der an dem Vordelikte selbst Beteiligten möglich ist. Dabei ist zu unterscheiden.

1. Daß auch der Alleinthäter des Vordelikts strafbarer Thäter oder Teilnehmer der Partiererei sein könne, wird von keiner Seite behauptet (es sei denn, daß er die Sache bereits an einen dritten weitergegeben hatte; vergl. Binding, Lehrb. 391), widerlegt sich namentlich auch durch die Ausdrücke „an sich bringen" und „zum Absatze mitwirken".
2. Ebensowenig kann sich der Mitthäter des Vordelikts der Partiererei schuldig machen. Denn das in der Erlangung der Sache liegende Delikt konsumiert die nachfolgenden

Digitized by Google

Dispositionen über sie genau so wie der Diebstahl die Unterschlagung. Übereinstimmend Oppenh.-Del. 2, Olsh. 27 (dieser jedoch mit der Einschränkung, daß der Mitthäter nach körperlicher Verteilung der Sachen Partiererei begehen könne), bes. aber E **34**, 304.

3. Was Anstifter und Gehilfen des Vordelikts betrifft, so ist bei ihnen die Möglichkeit der Partiererei im allgemeinen zu bejahen. Ebenso Merkel in Holtzend. Handb. **3**, 745, Olsh. 27, Oppenh.-Del. 2, E **5**, 282. **8**, 370. **19**, 354. **32**, 394. Man wird aber mit Binding, Lehrb. 391 die Einschränkung machen müssen, daß der Anstifter durch Ansichbringen dann keine Partiererei begeht, wenn der Thäter die Sachen von vornherein gerade für ihn erworben hatte. Abweichend nehmen v. Kries, Ztschr. 7, 565, Köhler, GS **61**, 110 an, daß der an dem Vordelikte Beteiligte überhaupt nicht wegen Partiererei bestraft werden könne. Eine Mittelmeinung vertritt v. Liszt § 147. Nach ihm können Teilnehmer an dem Vordelikte sich nur durch Ansichbringen, nicht aber durch Verheimlichen oder Mitwirken beim Absatze der Partiererei schuldig machen.

Soweit nach dem Vorhergehenden Teilnahme an dem Vordelikt und Partiererei zusammentreffen, fragt es sich, ob Idealkonkurrenz oder Realkonkurrenz vorliegt. Beachtet man, daß die Partiererei keine selbständig strafbare Handlung ist (s. o. III), so erscheint durchweg die Annahme von Idealkonkurrenz begründet. Dies ist keineswegs so unverständlich, wie Binding, Lehrb. 391/2 behauptet, selbst dann nicht, wenn die einzelnen Akte zeitlich weit auseinanderfallen. Der vertretenen Ansicht neigt sich auch E **32**, 394 zu, obwohl dieses Urteil mit der herrschenden Lehre (Olsh. 27, Oppenh.-Del. 2) an der Möglichkeit einer Realkonkurrenz festhält. Vergl. über die Frage Köhler, GS **61**, 111.

VII. Was das **Verhältnis zu andern Delikten** betrifft, so ist zu unterscheiden, ob die Partiererei von vornherein mit Zueignungsabsicht begangen wurde oder nicht. Im ersteren Falle werden nachfolgende Unterschlagung oder Sachbeschädigung konsumiert, im zweiten konkurrieren sie mit. Dabei ist aber zu beachten, daß diese beiden Delikte auch derjenige nicht begehen kann, dessen Eigentum an der Sache noch der Anfechtung unterliegt.

§ 260.

Wer die Hehlerei gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Die Stelle bezieht sich auf beide Fälle der Hehlerei (§§ 258. 259). Über die Begriffe der Gewerbs- und Gewohnheitsmäßigkeit s. § 74 V 5a.

§ 261.

Wer im Inlande wegen Hehlerei einmal und wegen darauf begangener Hehlerei zum zweiten Male bestraft worden ist, wird, wenn sich die abermals begangene Hehlerei auf einen schweren Diebstahl, einen Raub oder ein dem Raube gleich zu bestrafendes Verbrechen bezieht, mit Zuchthaus nicht unter zwei Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Jahre ein.

Bezieht sich die Hehlerei auf eine andere strafbare Handlung, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Die in dem § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

Digitized by Google

Die Stelle bezieht sich gleichmäßig auf die §§ 258 und 259. Zu bemerken ist, daß eine Vorbestrafung wegen Hehlerei für einen später begangenen Diebstahl oder Raub Rückfall begründen kann, nicht aber umgekehrt eine Vorbestrafung wegen Diebstahls oder Raubs Rückfall für eine später begangene Hehlerei. Vergl. im übrigen §§ 244. 245.

§ 262.

Neben der wegen Hehlerei erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und neben jeder Verurteilung gegen Hehlerei auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

Vgl. §§ 32. 38. 45. 49.

Zweiundzwanzigster Abschnitt.

Betrug und Untreue.

§ 263.

Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, das Vermögen eines Anderen dadurch beschädigt, daß er durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Thatsachen einen Irrtum erregt oder unterhält, wird wegen Betruges mit Gefängnis bestraft, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann ausschließlich auf die Geldstrafe erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Wer einen Betrug gegen Angehörige, Vormünder oder Erzieher begeht, ist nur auf Antrag zu verfolgen. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

I. **Das Wesen des Betrugs im allgemeinen** ist bereits § 253 I dargelegt worden. Er läßt sich danach definieren als die in rechtswidriger Bereicherungsabsicht durch Täuschung bewirkte Vermögensbeschädigung. Da, wie a. a. O. bemerkt und unten näher auszuführen ist, die Vermögensbeschädigung durch eine Vermögensdisposition der getäuschten Person vermittelt werden muß, so ergeben sich für den objektiven Thatbestand folgende Bestandteile, die sämtlich untereinander in Kausalzusammenhang stehen müssen: Täuschungshandlung — Irrtumserregung — Vermögensdisposition — Vermögensschädigung. Hieran schließt sich als erstrebter, aber nicht mehr zum objektiven Thatbestande gehöriger Erfolg: die Erreichung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils.

II. **Die Täuschungshandlung** kann bestehen

1. in dem Vorspiegeln falscher Thatsachen. Der Begriff der **Thatsache** gehört dem täglichen Leben an. Er bezeichnet:
   a) alle Zustände oder Ereignisse, welche der Vergangenheit oder Gegenwart, im Gegensatze zu denjenigen, welche der Zukunft angehören. Etwas Zukünftiges ist ebensowenig eine Thatsache wie ein Weizenkorn schon Weizen ist. Das Ver-

Digitized by Google

sprechen, demnächst zu zahlen, die Erklärung, daß in aller Kürze die Bahn an einem Grundstück vorüberführen werde, sind nicht Behauptungen von Thatsachen. E 20, 142. A. A. Rommel, Betrug (1894) 18, Binding, Lehrb, 340 (Thatsache sei alles, was gewußt werden kann). Zuzugeben ist, daß möglicherweise die Erklärung von etwas Zukünftigem gleichzeitig die Behauptung von etwas Gegenwärtigem, also eine Thatsache enthält, so in den angegebenen Beispielen die Behauptung der jetzt vorhandenen Zahlungsabsicht, der Genehmigung der Bahn durch den Landtag. Vergl. auch Groß, Der Raritätenbetrug (1901) 172;

b) alles, was wahrnehmbar ist oder gewesen ist, im Gegensatz zu dem, was erst auf Grund einer Denkthätigkeit erkannt wird. Deshalb fallen Urteile, namentlich Werturteile und Meinungsäußerungen, im allgemeinen nicht unter den Begriff der thatsächlichen Behauptungen (wichtig bei der Beurteilung von Reklamen und Gründungsprospekten z. B.: „die beste Seife der Welt", „Chokolade von nicht dagewesener Qualität und Feinheit des Geschmacks"). Dem durch die Erkenntniskritik festgestellten Satze, daß die Denkthätigkeit bei jeder Wahrnehmung mitwirkt, tragen weder Sprachgebrauch noch Gesetz Rechnung. Deshalb ist die Grenzlinie im Einzelfalle außerordentlich schwer zu ziehen. Insbesondere kann sich unter der Form eines Urteils die Behauptung einer Thatsache verbergen. So liegt unter Umständen in der Empfehlung einer Ware als gut die Behauptung der Thatsache, daß man sie geprüft, in dem Verkaufe einer Kuh als „zugfest" die Behauptung, daß sie gewisse Arbeitsleistungen erfüllt habe. Einzelnes:

α) Der Wahrnehmbarkeit durch die Sinne steht die auf Selbstbeobachtung beruhende gleich. Daher giebt es auch „innere Thatsachen". So die herrschende Lehre und das RG in zahlreichen Entscheidungen. Z. B. E 1, 305. 24, 216. 30, 333. R 2, 690. 3, 294. S. bes. Heilbronner, Der Begriff „Unterdrückung wahrer Thatsachen" (1898) 9 ff., Binding, Lehrb. 347. In der Behauptung, etwas zu wissen, einen bestimmten Willen, eine bestimmte Absicht zu haben (z. B. einen Dienst antreten zu wollen), liegt daher die Behauptung einer Thatsache. A. A. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 753, Hälschner 2, 263, Meyer 581, Groß a. a. O. 184. S. auch unten V 3.

β) Unter den Begriff der Thatsache fällt auch die Identität einer Person, schon deshalb, weil sie stets durch sinnfällige Vorgänge (namentlich Zeugung und Geburt, aber auch Ausfertigung eines Anstellungsdekrets) bedingt ist.

γ) Aus dem gleichen Grunde gehören auch die Vermögensverhältnisse einer Person zu den Thatsachen. Es giebt daher einen sog. Kreditbetrug, bestehend in der Täuschung über die Vermögensverhältnisse des Kreditsuchenden. S. S. 357.

δ) Auch Rechtsverhältnisse können u. U. als Thatsachen erscheinen, insofern ihnen nämlich stets Tatsachen zu Grunde liegen. Deshalb ist Betrug in der Art möglich, daß jemand eine fremde Sache als eigene verkauft. Dabei ist aber zu beachten, daß nach dem BGB der gutgläubige Erwerber regelmäßig Eigentümer und darum nicht in seinem Vermögen geschädigt wird. Eingehender hierüber Binding, Lehrb. 352 ff.

Der Begriff des Vorspiegelns erfordert, „daß der Thäter etwas gethan habe, um seine Behauptung dem Getäuschten zu insinuieren, sei es durch Vorschützen falscher Beweise, sei es auch nur durch die Hartnäckigkeit und Sicherheit des Vorbringens". So Kohler, Treue und Glauben im Verkehr (1893) 23. Ähnlich Groß, a. a. O. 66, 163 ff. Die nackte Behauptung einer falschen Thatsache genügt nicht. A. A. die herrschende Lehre, z. B. Binding, Lehrb. 346, Meyer 582, Oppenh.-Del. 49, Rommel a. a. O. 36, Rotering, GS 60, 259. Anderseits kann der Begriff des Vorspiegelns auch durch konkludente Handlungen erfüllt werden. Man denke an Kunstgriffe beim Pferdehandel, durch die dem Tiere der Anschein gewisser Vorzüge verliehen werden soll. Zahlreiche Beispiele bei Groß a. a. O. Auch die falsche Etikettierung

Digitized by Google

gehört hierher. Dabei ist aber zu beachten, daß vielfach im Handel die Etikette nur die Bedeutung eines Namens hat und keineswegs immer als Behauptung einer bestimmten Herkunft der Ware aufgefaßt werden darf. Vergl. Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes v. 27./5 1896 §§ 1. 4. Zu beachten ist ferner, daß die in der konkludenten Handlung liegende Täuschung mit einer gewissen Intensität insinuiert werden muß. Daher kann in der Überschreitung einer Taxe ohne das Hinzutreten weiterer Momente kein Betrug gefunden werden. Kohler, Treue und Glauben 23. Vergl. § 352 und GO § 148 Nr. 8. Aus dem gleichen Grunde erscheint die Lieferung einer Ware von vertragswidriger Beschaffenheit für sich allein noch nicht als Betrug. E 14, 210 fordert mit Recht daneben „irgendwelche in Worten oder Handlungen bethätigte besondere Veranstaltungen, welche dazu bestimmt sind, den Empfänger der Lieferung über dasjenige, was er thatsächlich in Empfang nimmt, in einen positiven Irrtum zu versetzen". Eine derartige Veranstaltung würde bspw. vorliegen, wenn die unteren Lagen einer Ware von schlechterer Beschaffenheit wären als die oberen. (Weitergehend nimmt R 9, 15 schon bei gleichem äußeren Aussehen der gelieferten mit der vertragsmäßig vereinbarten Ware Betrug an.) Auch in der unbefugten Benutzung eines Legitimationspapieres (bes. eines Sparkassenbuches) wird die Vorspiegelung einer falschen Thatsache zu finden sein; doch ist nach richtiger Ansicht (vergl. § 242 VII 2 b. § 246 III 1) die Handlungsweise nicht unter den Gesichtspunkten des Betrugs, sondern als Diebstahl oder Unterschlagung aufzufassen. Olsh. 17 lehnt Betrug deshalb ab, weil der Verpflichtete auch durch Zahlung an den unbefugten Inhaber befreit werde. Indessen wird doch der zur Innehabung Berechtigte geschädigt.

Unter dem Gesichtspunkte des Vorspiegelns falscher Thatsachen durch konkludente Handlungen ist auch meist der sog. Kreditbetrug, namentlich die Zechprellerei zu betrachten. Die herrschende Lehre und die Praxis gehen indessen in der Annahme des Kreditbetrugs deshalb zu weit, weil sie den Begriff des „Vorspiegelns" zu lax interpretieren. In dem bloßen Bestellen und Entgegennehmen von Speisen und Getränken für sich allein kann ein Vorspiegeln des Besitzes barer Mittel nicht gefunden werden. Außerdem ist gerade hier darauf hinzuweisen, daß von Betrug nur dann die Rede sein kann, wenn die Forderung des Gläubigers gefährdet wird. Vergl. über die Frage Kohler, Treue und Glauben 26. R 2, 690. 4, 89, E 8, 68. 9, 168, Hälschner 2, 253, Merkel, in Holtzend. Handb. 3, 762, Grycieckl, Studien über den strafbaren Betrug (1870) 104 und unten V 2 a. E. Binding, Lehrb. 360/1 lehnt das Erfordernis der Gefärdung der Forderung ab.

Falsch ist eine Thatsache dann, wenn sie der Wahrheit nicht entspricht. Dabei ist es unerheblich, ob sie ihr überhaupt entsprechen konnte. Es reicht daher auch die Vorspiegelung einer unmöglichen Thatsache aus, z. B. man könne hexen;

2. in dem Entstellen einer wahren Thatsache, d. h. in der Verschiebung der richtigen Verhältnisse oder in der Hinzufügung oder Auslassung einzelner Momente;

3. in der Unterdrückung einer wahren Thatsache. (Vergl. darüber die oben II 1 b α angeführte Abhandlung von Heilbronner). — Unterdrücken bezeichnet zunächst, wie die Motive hervorheben, ein positives Thun, also eine solche Handlung, die darauf berechnet ist, gewisse Thatsachen der Kenntnisnahme eines andern zu entziehen. Z. B. das Verdecken eines Schönheitsfehlers beim Pferde. Vergl. E 20, 144, 22. 183 (ein gewisses Maß von Heimlichkeit sei erforderlich). 26, 18, 31, 208. Es kann aber das Unterdrücken auch durch Unterlassung, also Verschweigen, begangen werden, nämlich dann, wenn eine Verpflichtung zur Mitteilung vorliegt. Die Verpflichtung muß eine rechtliche sein. Eine bloß moralische genügt nicht. In letzterer Beziehung a. A. Oppenh.-Del. 52, Rommel, Betrug 43. Wann aber eine rechtliche Verpflichtung zur Mitteilung vorliegt, ist bis jetzt noch nicht mit genügender Sicherheit festgestellt worden. Man hat zwar unbedingt Olsh. 18, v. Liszt

Digitized by Google

§ 139, Meyer 582, Binding, Lehrb. 348 zuzustimmen, wenn sie die Grundsätze über die Unterlassungsdelikte auch hier anwenden wollen, im einzelnen aber bleiben trotzdem zahlreiche Zweifel. Auch die Rechtsprechung des RG's ist gerade auf diesem Gebiete außerordentlich unklar. Immerhin läßt sich folgendes mit einiger Sicherheit behaupten:

a) Eine Verpflichtung zur Mitteilung liegt da vor, wo *das Gesetz* sie ausdrücklich aufstellt. Insbesondere gehören hierher die Fälle, in denen eine gesetzliche Verpflichtung zur Rechnungsablegung besteht. Zu beachten ist aber, daß nur die *bei* der Rechnungsablegung unterlaufende Verschweigung genügt. Der Thäter muß daher das Bewußtsein haben, daß er in der Rechnungsablegung begriffen ist und daß die verschwiegene Thatsache zu denjenigen gehört, über welche er Rechnung abzulegen hat. Vergl. E 27, 1. Einen andern Fall ausdrücklicher gesetzlicher Verpflichtung s. ZPO § 840. Dagegen kann aus der Haftbarkeit für gewisse Thatsachen nicht die Verpflichtung zu ihrer Mitteilung gefolgert werden. A. A. Haager, GS 27, 579 ff. Deshalb macht sich der Verkäufer durch Verschweigung von Mängeln der Ware keines Betrugs schuldig. E 2, 430. Dies gilt auch für den Verkauf von Nahrungs- oder Genußmitteln, die unter Nahrungsmittelgesetz § 10 fallen. Wollte man diese Stelle heranziehen, um eventuell eine Strafbarkeit wegen Betrugs zu begründen, so setzte man sich nicht nur mit ihrer Entstehungsgeschichte in Widerspruch, sondern schränkte auch ihr eigenes Anwendungsgebiet zweckwidrig ein. E 29, 35.

b) Eine Verpflichtung zur Mitteilung wird durch ausdrückliche *Übernahme* begründet. Daher liegt Unterdrückung einer Thatsache vor, wenn jemand bei übernommener Schilderung seiner Vermögensverhältnisse ungünstige Momente verschweigt. R 5, 395. Eine *konkludente*, die Übernahme der Verpflichtung zum Ausdruck bringende Handlung genügt jedenfalls dann, wenn sie innerhalb eines höchst persönlichen, ein besonderes Maß von Vertrauen voraussetzenden Vertragsverhältnisses erfolgt. Z. B. der Kaufmann entnimmt aus der Geschäftskasse Geld, ohne den Kassierer zu benachrichtigen, wissend, daß dieser ihm gegenüber zur Deckung jedes Fehlbetrages verpflichtet ist. Nach dem gleichen Gesichtspunkte wäre das Verhältnis zwischen Gesellschaftern oder zwischen Verteidiger und Klient zu beurteilen. E 4, 227. Dagegen läßt sich nicht behaupten, daß man bei dem Eingehen eines Vertragsverhältnisses zur Mitteilung derjenigen Umstände verpflichtet wäre, welche der Kreditwürdigkeit entgegenstehen. E 2, 5. 31, 208. Sobald man diesen Satz scharf betont, zeigt sich, daß der *Kreditbetrug* mit seiner Unterart, der *Zechprellerei*, grundsätzlich nicht in der Form des Unterdrückens einer wahren Thatsache begangen werden kann. S. o. II 1.

c) Eine *Pflicht zum Geständnisse einer Schuld* besteht selbst dann nicht, wenn deren Gläubiger ausdrücklich danach fragt. E 23, 244.

III. **Irrtumserregung.** — Die auf Täuschung berechnete Handlung muß von Erfolg begleitet sein, d. h. der Täuschende muß einen Irrtum erregt oder unterhalten haben. Irrtum bedeutet eine positive der Wahrheit nicht entsprechende Vorstellung. Der Mangel jeder Vorstellung, also das bloße Nichtwissen, ist kein Irrtum. So bes. Groß a. a. O. 189, Olsh. 2, welch' letzterer hieraus die Folgerung zieht, daß das heimliche Mitfahren sogenannter *blinder Passagiere* keinen Betrug ausmache (s. u. V 4). Vergl. auch Zitelmann, Irrtum u. Rechtsgeschäft (1879) 321 ff.

Ohne Täuschung giebt es keinen Betrug. Deshalb kann das Einwerfen eines nur äußerlich dem Zehnpfennigstücke ähnlichen Metallstücks in einen Automaten nicht als Betrug angesehen werden. A. A. Günther, Automatenrecht (1892) 31. Ebensowenig macht sich eines Betrugs schuldig wer im Einverständnisse mit dem Schaffner und dem sonst zur Kontrolle berufenen Personal einen Zug ohne Fahrkarte benutzt. So im Prinzip auch E 17, 217. Möglicherweise aber liegt Bestechung vor. Über die Frage,

Digitized by Google

ob durch Betteln unter Vorspiegelung eines angeblichen Gebrechens oder eines angeblichen Notstandes Betrug begangen werden kann, s. u. V Abs. 3.

Einzelnes:

1. Sowohl die Erregung wie die Unterhaltung des Irrtums muß in ursächlichem Zusammenhange mit der Täuschungshandlung stehen. Die bloße Benutzung eines bereits vorhandenen Irrtums erscheint daher nicht als Unterhaltung desselben. Dies ist besonders wichtig bei Ausbeutung abergläubischer Vorstellungen. S. Binding, Lehrb. 351. Aus dem gleichen Grunde ist es kein Betrug, wenn sich der Geschädigte, z. B. der Käufer, selbst täuscht. Vergl. Binding Lehrb. 352, Groß a. a. O. 185 ff. Wissentliche Annahme einer bereits getilgten Forderung ist nicht Betrug, sofern nicht positive Täuschungshandlungen mit unterlaufen, durch welche der Irrtum des Schuldners erregt oder der bereits vorhandene befestigt wird. E 20, 326. Eine solche Täuschungshandlung kann aber schon in dem Einfordern der Schuld liegen. Vergl. E 1, 314. 19, 161.
2. Die Irrtumserregung oder -Unterhaltung muß gerade auf diejenigen Bestandteile der Täuschungshandlungen zurückführbar sein, die sich als Täuschung über Thatsachen darstellen. Preist jemand ein Barterzeugungsmittel durch allgemein gehaltene Reklame an und läßt dabei die unwahre thatsächliche Behauptung mitunterfließen, daß das Mittel nur aus duftenden Alpenkräutern angefertigt sei, so ist eine Verurteilung wegen Betrugs nur dann möglich, wenn feststeht, daß sich ein anderer gerade durch diese Angabe hat täuschen lassen.
3. Erforderlich ist ferner, daß die Täuschung gerade durch diejenige Vorspiegelung usw. erfolgte, die sich der Thäter als kausal für die Täuschung dachte. Dies ist nicht nur wichtig, wenn bei einer Erklärung Wahres und Falsches nebeneinander herläuft, sondern auch dann, wenn es sich um die Täuschung durch Angabe eines falschen Motivs handelt. Wer erklärt, daß er ein Darlehen zu einem gewissen Zwecke aufnehmen wolle, wird im allgemeinen nicht annehmen, daß der andere sich gerade hierdurch zur Hingabe des Darlehns bestimmen lasse. S. u. V Abs. 2. Auch die Vorspiegelung der Absicht zu erfüllen, wird hiernach seltener Täuschung sein, als gewöhnlich angenommen wird.
4. Gleichgiltig ist, ob die Täuschung durch eine Fahrlässigkeit des Getäuschten befördert wird. In der falschen Deklaration des Gewichts auf dem Frachtschein kann daher Betrug liegen, trotz der Verpflichtung der Bahnbeamten zur Kontrolle E 15, 266. Vergl. Binding, Lehrb. 350.

IV. **Vermögensdisposition des Getäuschten.** — Durch die Erregung oder Unterhaltung eines Irrtums wird der objektive Thatbestand des Betrugs noch nicht erfüllt. Es muß vielmehr eine Vermögensbeschädigung als Folge der Täuschung hinzukommen. Nun ist klar, daß ein Irrtum niemals unmittelbar eine Vermögensbeschädigung bewirkt. Wohl aber kann er eine Vermögensbeschädigung mittelbar bewirken, insofern nämlich der Irrende auf Grund seines Irrtums ein gewisses Verhalten einschlägt, das seinerseits eine Vermögensbeschädigung (sei es seiner eigenen, sei es einer andern Person, s. unten V 3) zur Folge hat.

Will man den Thatbestand des Betrugs mit einiger Schärfe von dem anderer Delikte trennen, so ist zu verlangen, daß dieses Verhalten des Getäuschten nunmehr die Vermögensbeschädigung unmittelbar herbeiführe. (Gesetzt, es wird jemand durch irgend eine Täuschung zu einer Reise bestimmt, und nun plündert der Täuschende unter Benutzung der Abwesenheit des Eigentümers Haus und Hof aus, so begeht er nicht Betrug, sondern nur Diebstahl.) Daraus folgt aber, daß das schädigende Verhalten des Getäuschten eine Vermögensdisposition sein muß. So die herrschende Lehre, auch E 28, 144. S. bes. Merkel in Holtzend, Handb. 3, 763. Wenn auch selten, so ist doch eine unbewußte Vermögensdisposition immerhin denkbar. Sie liegt z. B. vor, wenn jemand veranlaßt wird, einen Schuldschein zu unterschreiben, der ihm gegenüber

Digitized by Google

als eine Petition dargestellt wurde. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 777 fordert stets bewußte Disposition und sieht daher in dem hervorgehobenen Falle nur eine straflose Vorbereitungshandlung. Erst im Augenblicke der Benutzung des Schuldscheins soll die Strafbarkeit beginnen. Dagegen mit Recht Olsh. 26.

Im übrigen ist eine Vermögensdisposition sowohl durch positive Handlung wie auch durch Unterlassung denkbar, letzteres dann, wenn ohne die Täuschung eine positive Disposition getroffen worden wäre. Z. B. Nichteinklagen einer Forderung. Besonders wichtig ist die „negative" Disposition im Bahnverkehre und überhaupt da, wo der Zutritt durch Billets erlangt wird. S. unten V 5.

V. **Vermögensbeschädigungen.** — Die durch Täuschung veranlaßte Vermögensdisposition muß eine Vermögensbeschädigung zur Folge haben. Beschädigt aber ist ein Vermögen dann, wenn sein Wert gemindert ist, d. h. wenn es infolge der Disposition nicht mehr denselben Wert aufweist wie vorher. Die Beantwortung der Frage, ob dies zutrifft, ist am einfachsten, sobald man unterstellt, der Betreffende nehme eine venditio omnium bonorum vor. Ist anzunehmen, daß der Erlös geringer wäre, als ohne die erwähnte Disposition, so ist auch eine Vermögenschädigung gegeben. Vergl. E 16, 1. (Gegen diese Auffassung Binding, Lehrb. 352 ff. 358.) Zur Vermögensbeschädigung gehört daher kein Weggeben einer Sache aus dem Eigentum, vielmehr genügt die Eingehung einer Verbindlichkeit, wenn auch nur einer bedingten (z. B. einer Bürgschaft), die Belastung eines Vermögensobjekts (z. B. mit einer Dienstbarkeit), die Aufgabe einer Sicherheit (R 1, 13), die Hinausschiebung eines Zahlungstermins (R 1, 12). Vor einer mechanischen Anwendung dieser Sätze ist indessen sehr zu warnen. Namentlich muß zweierlei beachtet werden.

Steht der Entäußerung eines Vermögenswertes die Erlangung eines gleichhohen andern gegenüber, so fehlt es an der Vermögensbeschädigung. Bestimmt mich jemand durch Täuschung zur Versicherung bei einer andern Gesellschaft als der von mir ins Auge gefaßten, so liegt eine Vermögensschädigung höchstens dann vor, wenn diese Gesellschaft geringere Garantien und ungünstigere Chancen bietet als die andere. Lieferung von gleich sicheren und in gleichem Kurse stehenden Papieren an Stelle der vertragsmäßig vereinbarten ist ebensowenig als Vermögensbeschädigung anzusehen. So bes. E 16, 1, v. Liszt § 139, Olsh. 22 und eine anonyme Abhdlg. i. GS 43, 421 ff. Dagegen u. a. Binding, Lehrb. 360, Stenglein, GS 40, 102 ff. Allerdings dürfen bei der Abmessung von Wert und Gegenwert die persönlichen Verhältnisse der beteiligten Personen nicht außer Ansatz bleiben. Denn es ist sehr wohl möglich, daß durch ein gewisses Ereignis das eine Vermögen geschädigt wird, das andere nicht. Wird z. B. dem Detaillisten unter dem Scheine der bestellten Ware eine andere geliefert, so ist sein Vermögen beschädigt, wenn die gelieferte Ware für ihn unverkäuflich ist, dagegen nicht, wenn sie den gleichen Handelswert hat wie die bestellte und für ihn ebenso verkäuflich ist wie diese. Ein reines Affektionsinteresse dagegen muß, weil nicht fixierbar, außer acht gelassen werden. — Als Gegenwert für ein Vermögensobjekt erscheint aber auch der vertragsmäßige Gegenanspruch. Wer einem andern ein Darlehn gewährt, erhält dafür einen Gegenanspruch auf Rückzahlung, und dieser Gegenanspruch läßt eine Vermögensschädigung nicht aufkommen, sofern er wirtschaftlich sicher ist. Entleiht A von B 400 Mark unter der Erklärung, daß er sie zum Ankaufe eines Pferdes benutzen wolle, während er sie thatsächlich zum Erwerb einer Kuh braucht, so kann von Betrug keine Rede sein. Vergl. dazu oberst. Landesgericht München, Entsch. in Strafsachen 1, 174. — Selbstverständlich darf aber der Entschädigungsanspruch, der aus dem Betruge als einer rechtswidrigen Handlung entsteht (BGB § 823) nicht als Gegenwert angesetzt werden, weil sonst überhaupt kein Betrug möglich wäre.

Unter allen Umständen muß die Vermögensbeschädigung mit der Irrtumserregung im Kausalzusammenhang stehen. Denn nur in diesem Falle hat der Täuschende den andern an seinem Vermögen geschädigt. Nun wird aber nach

Digitized by Google

den Ausführungen zu § 1 IV, der Kausalzusammenhang unterbrochen, sobald die bewußt und frei auf den Erfolg hinzielende Thätigkeit einer andern Person dazwischentritt. Dies gilt auch hier. Vollendeter Betrug ist somit nicht vorhanden, wenn diejenige Person, welche die Vermögensdisposition trifft, sich des schädigenden Charakters derselben bewußt ist. So auch Binding, Lehrb. 352. *Daraus folgt aber, daß Betrug beim Bettel völlig ausgeschlossen ist.* Mag auch der Bettler ein nicht vorhandenes Gebrechen vorgespiegelt haben, so ist er es doch nicht, der das Vermögen des Schenkers beschädigt; das thut vielmehr dieser selbst, weil er sich eines Vermögenswertes bewußt entäußert, ohne die Absicht, einen Gegenanspruch zu erhalten. A. A. die herrschende Lehre, E 4, 352. 6, 360, der (inkonsequent) auch Binding, Lehrb. 351 beitritt. Doch ist nach ihr allerdings Betrug dann abzulehnen, wenn der Angebettelte nur gegeben hat, um den andern los zu werden, oder ohne Rücksicht darauf, ob er seinem Vorgeben glaubte oder nicht. *Außerdem aber folgt, daß der Teil der Vermögensdisposition, welcher dem Disponierenden als vermögenschädigend bekannt ist, nicht genügt, um den Thatbestand des Betrugs erfüllen zu helfen.* Leihe ich jemanden ein Buch, das er unter falscher Vorspiegelung erbeten hat, so liegt darin insofern eine Vermögensschädigung, als an Stelle des sicheren Besitzes ein weniger sicherer Anspruch auf Rückgabe tritt. Da ich aber insofern mein Vermögen *selbst* beschädige, so kann Betrug nicht angenommen werden. Eignet sich der Entleiher das Buch nachträglich an, so begeht er *Unterschlagung*. Insofern übereinstimmend Binding, 1, 363, derf. Lehrb. 354, v. Bar, GS 40, 492, Hälschner 2, 269, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 697. 764. Dagegen nimmt die herrschende Lehre Betrug an, wenn es der Thäter von vornherein auf die Substanz der Sache abgesehen hatte, ihm aber nur der Gewahrsam übertragen wurde. Realkonkurenz von Betrug und Unterschlagung soll dagegen vorliegen, wenn sich der Thäter auf Grund eines *später* gefaßten Entschlusses die Sache angeeignet hat. E 15, 426, Olsh. 56.

Einzelnes:

1. Für den *Begriff und den Umfang des Vermögens* ist an sich das bürgerliche Recht maßgebend. In dem BGB fehlt es an einer allgemeinen Bestimmung dieser Art. v. Liszt § 139 und Olsh. 21 folgern aber aus BGB § 252, daß der *Gewinn* schon dann zum Vermögen gehört, wenn er „nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte". Indessen dürfte es sich dabei mehr um eine singuläre Bestimmung für das Gebiet des bürgerlichrechtlichen Schadenersatzes handeln. Man wird deshalb in Übereinstimmung mit der seither herrschenden Lehre annehmen müssen, daß ein Gewinn erst dann zum Vermögen gehört, wenn ein *Rechtsanspruch* auf ihn vorhanden ist. Nur in diesem Falle kann daher die Vereitelung eines Gewinnes als Betrug angesehen werden. Demgemäß hat es E 13, 8 für straflos erklärt, wenn eine zum Kaufe bereits entschlossene Person durch Täuschung dem Verkäufer wieder abspenstig gemacht wird; ebenso E 6, 75 die Entziehung der zukünftigen Kundschaft. Wenn dagegen E 26, 227 die Entziehung der *festen* Kundschaft als Vermögensbeschädigung ansieht, so wird man dem jetzt um so weniger beitreten dürfen, als das inzwischen in Kraft getretene Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs ausreichende strafrechtliche Handhaben bietet. Ebenso Binding, Lehrb. 343. Mit Recht verneint dagegen E 23, 55 den Thatbestand des Betrugs, wenn ein Gläubiger eines Schuldners den andern durch falsche Vorspiegelungen davon abhält, ein Pfandrecht oder einen Arrest an Vermögensbestandteilen des Schuldners zu erlangen. Bedenklich E 21, 236 (ein Gläubiger „schädigt" andere Gläubiger dadurch, daß er nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Wege der Zwangsvollstreckung dessen Vermögen Objekte entzieht, an die sich der andere Gläubiger hätte halten können). Darüber Frank, Ztschr. 14, 401 ff. — Nicht zum Vermögen gehören solche Ansprüche, die das Recht mißbilligt. S. u. VI 3 c.

Digitized by Google

2. Identität der getäuschten und der geschädigten Person ist nicht erforderlich. Bei Verschiedenheit beider muß jedenfalls thatsächlich die getäuschte Person in der Lage sein, über das Vermögen der andern zu verfügen. So die herrschende Lehre. E 11. 256. 21, 110, 236. 25, 244. Vergl. bes. Rimpau, Über die Strafbarkeit des Betrugs . . . beim Mangel der Identität des Getäuschten und des Geschädigten (1892). Mit sehr beachtenswerten Gründen fordert übrigens Binding, Lehrb. 345, daß bei Verschiedenheit der getäuschten und der geschädigten Person die letztere nicht nur die thatsächliche Möglichkeit, sondern auch ein Recht habe, über das Vermögen der ersteren zu verfügen. Jedenfalls ergiebt sich die Möglichkeit eines Betrugs durch Täuschung des Prozeßrichters. Vergl. darüber Michel, Der strafbare Betrug im Zivilprozeß (1897). In dem Aufstellen einer unwahren Behauptung kann indessen grundsätzlich nur eine strafbare Vorbereitungshandlung gefunden werden, weil der Richter nicht der (bestrittenen) Behauptung, sondern erst den Beweisen Glauben schenken darf. Dies trifft auch für eine in der Klage angekündigte Beweisantretung zu. E 32, 1. Im übrigen hat das RG wiederholt erklärt, daß in dem Fälschen von Beweismitteln Betrug liege und zwar auch dann, wenn es sich lediglich um ein Beglaubigungsmittel im nichtkontradiktorischen Verfahren handelt, oder wenn das Beweismittel formell echt, materiell aber unrichtig ist, z. B. der Schuldner beruft sich auf eine Quittung, die sich auf eine andere als die eingeklagte Forderung bezieht (Michel a. a. O. 25). E 2, 91. 16, 193. R 2, 421. Dagegen verneint das RG den Betrug, wenn sich der Richter pflichtwidrig durch die einfache, d. h. durch Beweise nicht unterstützte Behauptung hat täuschen lassen. E 1, 227. 5, 321. 20, 391. Den Grund findet es in der Erwägung, daß in derartigen Fällen nicht die falsche Vorspiegelung, sondern die Pflichtwidrigkeit kausal sei. Dies widerspricht vollständig der sonst vom RG befolgten Kausalitätstheorie. S. Frank, Ztschr. 12, 320 u. o. IV 4. Man wird vielmehr auch in diesem Falle Betrug anzunehmen haben, sofern die Partei sich die Behauptung nicht lediglich als Vorbereitung für eine spätere Beweisführung dachte, sondern unmittelbar durch die Behauptung die Täuschung bewirken wollte. So auch Michel a. a. O. Mit dem RG im wesentlichen übereinstimmend v. Liszt § 139, Olsh. 40, Oppenh.-Del. 61. Friedsam, Der Begriff der Thatsache (1893) 48. Dagegen liegt nach Kohler, Studien 1, 50 in der Täuschung des Prozeßrichters niemals Betrug, während anderseits nach Meyer 583, Rommel, Betrug 55, Binding, Lehrb. 350 schon die bloße Behauptung genügt. Vergl. zu der Frage auch Merkel, Kriminalistische Abhandlungen (1867) 2, 186. 283. — Ist der Richter verpflichtet, auf eine Parteihandlung hin eine (das Vermögen des Gegners schädigende) Entscheidung zu treffen, ohne daß es auf seine (des Richters) Überzeugung ankäme, so kann von Betrug keine Rede sein. Dies gilt von dem Gesuch um Erlassung eines Zahlungsbefehls, aber auch von dem Parteieid. — Auch durch Täuschung des Prozeßgegners kann Betrug begangen werden, sofern die Täuschung darauf abzielt, den Gegner (nicht etwa zum Beweisen, sondern) zu einer ihn schädigenden Vermögensdisposition (Geständnis, Anerkenntnis, Zurücknahme der Klage) zu veranlassen. Vergl. Merkel, Kriminalist. Abhdlgen. 2, 286, Michel a. a. O. 18 ff., Olsh. 40, R 9, 232.

3. Der Umstand, daß der eingetretene Vermögensschaden nachträglich wieder ersetzt oder sonst repariert wird, ist unerheblich. E 2, 89. 4, 295.

4. Sehr bestritten ist die Frage, ob eine Vermögensbeschädigung darin liegt, daß jemand ohne das erforderliche Legitimationspapier (Eintrittskarte, Billet, Fahrkarte) einen Raum betritt oder benutzt. Grundsätzlich ist die Frage zu verneinen. Insbesondere kann sie aus den oben V 1 dargelegten Gründen nicht deshalb bejaht werden, weil dem Berechtigten ein Gewinn entzogen werde. Zu vielen verfehlten Konstruktionen läge überhaupt kein Anlaß vor,

Digitized by Google

wenn man den mindestens häufig durchschlagenden Gesichtspunkt des Hausfriedensbruches (§ 123 II 1) genügend beachtete. Wer sich durch eine Täuschung den Zutritt zu einem Konzertsaale verschafft, begeht, wie mit voller Entschiedenheit behauptet werden muß, keinen Betrug. Abweichend Rotering, GS 60, 269, der die entgegenstehende Ansicht auf die Behauptung einer durch den Eintritt erwachsenden Forderung stützt. Aber wieso soll diese durch den bloßen Eintritt entstehen? Anders freilich die Eisenbahn-Verkehrsordnung v. 26./10 1899 § 21 bei Benutzung des fahrenden Eisenbahnzuges, insofern der ohne Bezahlung mitfahrende Passagier zur Nachzahlung verpflichtet ist. Demgemäß kann er die Bahn an ihrem Vermögen schädigen, indem er die Realisierung dieses Anspruchs vereitelt oder gefährdet.

Anders faßt das RG (bes. E 24, 318. 25, 412) das Verhältnis auf. Seiner Ansicht nach liegt die Vermögensschädigung schon in der Erzielung des Transportes „ohne Entgelt", da ja die Bahn um die Transportkosten geschädigt werde. Diese Auffassung ist in mehrfacher Beziehung unhaltbar. Zunächst kann man wegen des Anspruchs auf Nachzahlung nicht von einem Transporte „ohne Entgelt" reden, sodann wird die Bahn durch ein Mitfahren ohne Fahrkarte nicht in ihrem Vermögen geschädigt, sondern umgekehrt bereichert, eben weil ihr der Anspruch auf Nachzahlung erwächst.

Aus der hier vertretenen Ansicht folgt, daß der Betrug nicht schon, wie die Praxis annimmt (E 4, 295), mit dem Einsteigen ohne Fahrkarte, sondern frühestens dann vollendet ist, wenn es der Beamte (der Schaffner) infolge der Täuschung unterläßt, den Fahrgast zur Nachzahlung aufzufordern.

Aber auch die Konstruktion der zum Thatbestande des Betrugs erforderlichen Irrtumserregung macht hier besondere Schwierigkeiten. Sie kann nicht darin gefunden werden, daß der Passagier ohne Fahrkarte mitfährt. Denn in dem Mangel jeglicher Vorstellung liegt kein Irrtum (s. o. III), und den Irrtum des Schaffners, „es sei alles in Ordnung" hat der Passagier nicht verursacht. Auch die Täuschung des zur Mitfahrt zulassenden Beamten genügt nicht, weil dieser gemäß dem eben Ausgeführten, indem er die Mitfahrt gestattet, keine die Bahn schädigende Vermögensverfügung trifft. A. A. E 17, 217. Ausreichend ist vielmehr nur die Erregung einer positiv falschen Vorstellung in der Person derjenigen Beamten, die für die Realisierung des durch die Mitfahrt bereits entstandenen Anspruchs auf Nachzahlung zu sorgen haben. Dieser Ansicht steht am nächsten Binding, Lehrb. 349 insofern er die Täuschung mit der Revision des betr. Zugabteils beginnen läßt. — Über den Fall, daß der Passagier im Einverständnis mit den oben bezeichneten Beamten handelt, s. o. III. Vergl. auch § 266 IIIa E. — Nach dem Gesagten beurteilt sich auch die Frage, ob eine dritte Person durch Benutzung einer als unübertragbar bezeichneten Fahrkarte oder dergl. Betrug begehen kann. Allerdings ist dabei die bürgerlichrechtliche Vorsorge nach der Zulässigkeit einer solchen Beschränkung zu beantworten. Die Praxis bejaht. Vergl. R 9, 114 und über die ganze Lehre Ihering, Jahrb. f. Dogmatik 23, 327, v. Bar, GS 40, 481, de Jonge, Die Unübertragbarkeit der Retourbillets (1888), derselbe, Retourbillets und kein Ende (1889), Stenglein, GS 42, 150. Wünschenswert wäre eine ausdrückliche Bestimmung, wie sie das Postgesetz v. 28./10 1871 § 29 giebt. Die Stelle spricht übrigens entschieden gegen die herrschende Lehre.

VI. **Dolus und rechtswidriger Vermögensvorteil.** — Der subjektive Thatbestand umfaßt folgende Bestandteile:

1. das Bewußtsein, einen Irrtum zu erregen. Vergl. III 3;
2. das Bewußtsein der Vermögensbeschädigung durch das Mittel der Täuschung, d. h. das Bewußtsein, daß der Getäuschte zufolge des Irrtums eine Vermögensdisposition vornehmen wird, die sein oder eines andern (vergl. o. V 3) Vermögen schädigt.

Digitized by Google

In beiden Beziehungen genügt dolus eventualis. So kann z. B. die Vorspiegelung einer aus der Luft gegriffenen Thatsache, die nach der Vorstellung des Thäters ebensowohl wahr wie unwahr sein kann, den Begriff der Täuschung nach der subjektiven Seite hin erfüllen. E 20, 3. In Bezug auf innere Thatsachen ist allerdings dol. event. nicht denkbar. E 30, 333. Dagegen reicht das Bewußtsein, daß möglicherweise eine Vermögensbeschädigung eintreten werde, unter Umständen aus. E 19, 90;

3. die Absicht, sich oder einem dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, in Verbindung mit dem Bewußtsein daß der erstrebte Vermögensvorteil rechtswidrig ist. Über den Begriff der Absicht s. § 59 IV. Aus dem Gesagten folgt:

a) Es liegt trotz Vermögensbeschädigung kein Betrug vor, wenn ein Vermögensvorteil nicht erstrebt ist. Z. B.: ich bestelle unter falschem Namen eine dem Verderb ausgesetzte Ware zur Zusendung durch die Post. Dies gilt auch dann, wenn thatsächlich ein Vermögensvorteil erreicht ist. Z. B.: ein Sammler verkauft einem andern eine unechte Marke als echt, nur um sich an der Verschlechterung der fremden Sammlung zu erfreuen. A. A. Binding, Lehrb. 365.

b) Es liegt trotz Vermögensbeschädigung kein Betrug vor, wenn der Vermögensvorteil zwar erstrebt ist, aber nicht durch das Mittel der Vermögensbeschädigung erreicht werden soll. Z. B.: es verbüßt jemand gegen Lohn eine Freiheitsstrafe für einen andern. E 5, 277. (a. A. Oppenh.-Del. 12). Es wird auch zutreffend sein, wenn Merkel in Holtzend. Handb. 3, 733, 772, Binding, Lehrb. 362, Olsh. 49 fordern, daß sich Vermögensbeschädigung auf der einen und Vermögensvorteil auf der andern Seite entsprechen müssen. Dagegen s. R 3, 202. 6, 463. Nicht genügend gewürdigt sind die hervorgehobenen Gesichtspunkte in einem Urt. des OLG's Rostock v. 7./2 1900, Arch. 49, 144. Einem Geschäftsreisenden war wegen schlechter Erfolge gekündigt worden. Um die Kündigung rückgängig zu machen, gab er fingierte Warenbestellungen auf und schädigte das Vermögen seines Chefs um die Frachtauslagen. Verurteilung wegen Betrugs.

c) Es liegt trotz Vermögensbeschädigung kein Betrug vor, wenn der erstrebte Vermögensvorteil kein rechtswidriger ist oder der Thäter ihn nicht für einen rechtswidrigen hält. Wie bereits zu § 253 ausgeführt wurde, hält die herrschende Lehre jeden Vorteil für rechtswidrig, auf dessen Erlangung kein rechtlich begründeter Anspruch besteht. So bes. v. Liszt § 139 und zahlreiche Entscheidungen des RG's, z. B. E 26, 354. In der That aber erscheint als rechtswidrig nur ein solcher Vermögensvorteil, den der Gewährende im Rechtswege zurückfordern kann. Hieraus ergiebt sich der (übrigens auch von der herrschenden Lehre vertretene) Satz, daß kein Betrug vorliegt, wenn der erstrebte Vermögensvorteil in der Entziehung eines des Rechtsschutzes entbehrenden Objekts besteht. Namentlich ist ein solcher „Betrug" straflos, der bei einem unsittlichen z. B. kupplerischen Vertrag auf einer Seite unterläuft. E 19, 186. 21, 161.

Weiter folgt in subjektiver Beziehung, daß der Thäter das Bewußtsein der mangelnden Rechtsbeständigkeit des erstrebten Vorteils haben muß. Der von v. Liszt erhobene Einwand, es müsse die hier vertretene Ansicht zur Straflosigkeit des im Spiel begangenen Betrugs führen, schlägt nicht durch. Denn der Rückforderung eines durch Täuschung erworbenen Spielgewinnes steht BGB § 762 nicht im Wege.

Im einzelnen ist es fraglich, ob die reiche Heirat einen rechtswidrigen Vermögensvorteil darstellt. Die Heirat selbst ist nicht als Vermögensvorteil anzusehen; wohl aber kann ein solcher in dem Heiratsgute liegen. Als rechtswidrig betrachtet diesen das RG, wenn die Verheiratung nur als ein Mittel erscheint, um demnächst das eheliche Verhältnis in rechtswidriger Weise nach der Vermögensseite hin auszubeuten. E 8, 12. 14, 137. 34,

Digitized by Google

85. Von dem hier vertretenen prinzipiellen Standpunkte aus würde es darauf ankommen, ob die Ehe wegen der Täuschung angefochten werden kann. Dabei ist BGB § 1334 zu beachten.

VII. Zur **Vollendung** des Betrugs gehört nicht der Eintritt der Bereicherung, wohl aber der des Vermögensschadens. Strafbarer **Versuch** liegt vor, sobald der Thäter beginnt, mit der auf Täuschung berechneten Thätigkeit auf die andere Person einzuwirken. Der Vollendung kann namentlich entgegenstehen, daß der „andere" sich nicht täuschen läßt, oder daß er zwar getäuscht wird, aber die schädigende Vermögensdisposition nicht vornimmt. Soll durch eine betrügerische Operation ein nur vermeintlich vorhandenes Vermögensobjekt erlangt werden, so liegt Versuch am untauglichen Objekt vor. E **10**, 11. **11**, 72.

VIII. **Strafantrag.** — Nach Abs. 4 ist der Betrug ein relatives Antragsdelikt. Über „Angehörige" s. § 52 III, über „Vormünder" § 247 II 1 und über „Erzieher" § 174 IX 1. „Gegen" die genannten Personen richtet sich der Betrug, wenn er ihr Vermögen schädigt. Der im § 247 Abs. 3 ausgesprochene Satz gilt auch hier. So die herrschende Lehre. Vergl. namentlich Binding **1**, 122, der mit Recht die Analogie als den durchschlagenden Grund bezeichnet.

IX. **Konkurrenz.** — Das Verhältnis des Betrugs macht namentlich Schwierigkeiten:

1. gegenüber den Münzdelikten (§§ 146 ff.). Die herrschende Lehre hält Idealkonkurrenz für möglich. Es ist zuzugeben, daß die Münzdelikte ohne Bereicherungsabsicht und ohne Schädigung eines fremden Vermögens denkbar sind. Thatsächlich aber werden beide Momente stets vorliegen. Deshalb sind die Münzdelikte als Spezialfälle des Betrugs anzusehen und die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz zu verneinen. Dies liegt um so gewisser im Sinne des Gesetzes, als sonst die Strafandrohung des § 148 nahezu bedeutungslos wäre. Bezüglich dieser Stelle stimmt denn auch die herrschende Lehre zu. Abweichend jedoch Olsh. 56, Gerland, GS **59**, 311 ff. Prinzipiell übereinstimmend Merkel in Holtzend. Handb. **3**, 222, Rüd.-Stengl. 6 zu § 149;
2. gegenüber der Unterschlagung. S. darüber o. V.
3. gegenüber der Defraudation. Sofern Spezialvorschriften wegen Hinterziehung öffentlicher Abgaben, Gefälle und dergl. bestehen, schließen sie die Anwendung des § 263 aus. Fehlt es an solchen Bestimmungen, so findet dagegen § 263 Anwendung. Zu beachten ist noch die Giltigkeit landesrechtlicher Bestimmungen nach EG § 2. Vergl. E **15**, 306. Über einen eigentümlichen Fall s. E **4**, 50. Eingehend Honemann, Das Verhältnis zwischen der Defraudation und dem Betruge (1894), Kaulla, Die rechtliche Natur der Defraudation (1897), Behr, GS **54**, 220 ff., Weber, GS **58**, 1 ff.; vergl. auch Binding, Lehrb. 341, Olsh. Vorbem. 3 z. 22 Abschn.;
4. gegenüber dem Meineid. Hier ist Idealkonkurreuz möglich. S. jedoch für den Fall des Parteieides oben V 2 gegen Ende;
5. gegenüber einer Urkundenfälschung. Hierüber s. § 268 III;
6. gegenüber Nahrungsmittelgesetz § 10. Hier ist Idealkonkurrenz möglich. R **5**, 555, **10**, 66. Dagegen ist Realkonkurrenz ausgeschlossen, wenn der Verkauf in der Weise erfolgt, wie es von vornherein bei der Herstellung beabsichtigt wurde. E **11**, 355;
7. gegenüber dem Versicherungsbetrug. Vergl. darüber § 265 I;
8. gegenüber zahlreichen Bestimmungen der Handelsgesetzgebung, namentlich HGB § 313 Nr. 1—3. § 314 Nr. 1. Börsengesetz §§ 75. 79. Die Mehrzahl dieser Vorschriften ist deshalb aufgenommen worden, weil sich das Bedürfnis herausgestellt hatte, teils das Stadium der Strafbarkeit schon früher als beim Betrugsversuche beginnen zu lassen, teils die Strafbarkeit unabhängig von dem schwierigen Nachweis der einzelnen Betrugsmerkmale zu machen. Deshalb wäre es innerlich gerechtfertigt, dann, wenn Betrugsversuch oder vollendeter Betrug nachweisbar vorliegt, lediglich

Digitized by Google

auf Grund des § 263 zu bestrafen. Dabei gerät man aber mit der Höhe der angedrohten Strafen in Konflikt, da diese in den erwähnten Gesetzen meist höher sind als im § 263. Berücksichtigt man weiter, daß unter die zitierten Stellen auch Fälle zu subsumieren sind, die außerhalb des Betrugsthatbestandes liegen, so wird man die Möglichkeit der Idealkonkurrenz zu bejahen haben. So bzgl. HGB § 313 Nr. 2 wohl auch Katz, Die strafrechtlichen Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs (1902) 23.

§ 264.

Wer im Inlande wegen Betruges einmal und wegen darauf begangenen Betruges zum zweiten Male bestraft worden ist, wird wegen abermals begangenen Betruges mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein, neben welcher zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

Die im § 245 enthaltenen Vorschriften finden auch hier Anwendung.

I. Vergl. §§ 244. 245.

II. Der im wiederholten Rückfalle begangene Betrug bedarf unter den gleichen Voraussetzungen eines Antrags wie der einfache. Ebenso Oppenh.-Del. 78 zu § 263. Es ist in der That auch gar nicht einzusehen, weshalb hier etwas anderes gelten sollte als bei dem Parallelfalle des Diebstahls (§ 247). A. A. Olsh. 2, Rüd.-Stengl. 5.

§ 265.

Wer in betrügerischer Absicht eine gegen Feuersgefahr versicherte Sache in Brand setzt, oder ein Schiff, welches als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn versichert ist, sinken oder stranden macht, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

I. Der **Versicherungsbetrug** würde prinzipiell am richtigsten seine Stelle bei den gemeingefährlichen Delikten finden und als qualifizierte Brandstiftung aufgefaßt werden müssen. So v. Liszt § 140. Das Gesetz aber stellt ihn auf eine Stufe mit dem Betruge, betont also nicht den gemeingefährlichen Charakter des Delikts, sondern seine Richtung gegen das Vermögen der Versicherungsgesellschaft. Danach ist die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz mit Brandstiftung um so weniger zu bestreiten, als keineswegs jede Brandstiftung als Versicherungsbetrug und umgekehrt auch nicht jeder Versicherungsbetrug als Brandstiftung erscheint. So auch das RG. S. das Urteil im Arch. 35, 398. A. A. Binding 1, 350, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 780, Meyer 588, Rommel, Betrug 175. Gegenüber dem Betruge erscheint der Versicherungsbetrug als ein selbständiges Delikt, das niemals einen Strafantrag erfordert und niemals eine Rückfallstrafe begründen kann. Gleichwohl muß entgegen der herrschenden Lehre (s. bes. v. Speßhardt, Der Versicherungsbetrug [1885] 70 und E 17, 62) behauptet werden, daß die nachträgliche Ausführung des Betrugs gegenüber der Versicherungsgesellschaft durch Liquidierung der Versicherungssumme nicht als ein besonderes Delikt erscheint, Realkonkurrenz zwischen Versicherungsbetrug und Betrug aus § 263 mithin ausgeschlossen

Digitized by Google

ist. Beide Delikte haben die Willensrichtung gemeinsam, und der Unterschied liegt nur darin, daß in den unter den Versicherungsbetrug zu subsumierenden Fällen die Bethätigung der Absicht schon in einem früheren Stadium bestraft wird. Es liegt also ein ähnliches Verhältnis vor wie zwischen Diebstahl und Unterschlagung. Vergl. § 74 V 4. Im Ergebnisse wesentlich übereinstimmend Hälschner 2, 279, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 781, Rommel, Betrug 173 ff., v. Liszt § 140.

II. Objekt der Handlung ist eine versicherte Sache und zwar entweder

1. eine gegen Feuersgefahr versicherte Sache irgend welcher Art ohne Beschränkung auf die in den §§ 306. 308 genannten;
2. ein Schiff, welches als solches oder in seiner Ladung oder in seinem Frachtlohn gegen die Gefahren der Schiffahrt versichert ist.

In beiden Fällen wird ein materiell giltiger Versicherungsvertrag vorausgesetzt. S. v. Speßhardt a. a. O. 39.

Die Handlung besteht in dem ersten Falle im „Inbrandsetzen" (vergl. § 306), im zweiten im „Sinken- oder Strandenmachen" (vergl. § 323).

III. Der Dolus umfaßt:

1. das Bewußtsein, daß durch die Handlung eine Sache in Brand gesetzt, bezw. das Sinken oder Stranden eines Schiffes bewirkt werde;
2. das Bewußtsein, daß die Sache oder das Schiff usw. versichert sei;
3. eine betrügerische Absicht, d. h. die Absicht, die Versicherungssumme für sich oder einen dritten zu lukrieren. E 23, 352.

IV. Thäter kann jeder sein, nicht nur der Versicherte. So v. Liszt § 140, Olsh. 4. Kohler, Studien 1, 130, Meyer 587. E 23, 352. 426. A. A. v. Speßhardt a. a. O 36. Zu eng auch Binding, Lehrb. 369.

§ 266.

Wegen Untreue werden mit Gefängnis, neben welchem auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann, bestraft;

1. Vormünder, Kuratoren, Güterpfleger, Sequester, Massenverwalter, Vollstrecker letztwilliger Verfügungen und Verwalter von Stiftungen, wenn sie absichtlich zum Nachteile der ihrer Aufsicht anvertrauten Personen oder Sachen handeln;
2. Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügen;
3. Feldmesser, Versteigerer, Mäkler, Güterbestätiger, Schaffner, Wäger, Messer, Bracker, Schauer, Stauer und andere zur Betreibung ihres Gewerbes von der Obrigkeit verpflichtete Personen, wenn sie bei den ihnen übertragenen Geschäften absichtlich diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen.

Wird die Untreue begangen, um sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen, so kann neben der Gefängnisstrafe auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

I. **Das Wesen der Untreue im allgemeinen.** — Die Untreue teilt mit den übrigen Vermögensdelikten das Erfordernis der Vermögensbeschädigung (s. u. III). Während aber die meisten Vermögensdelikte ihre spezifische Eigentümlichkeit durch die Art und Weise erlangen, in welcher der Vermögensschaden herbeigeführt wird, ist diese bei der Untreue grundsätzlich gleichgiltig. Anderseits ist die Untreue nicht etwa als das generelle Ver-

Digitized by Google

mögensdelikt anzusehen, von dem sich die einzelnen Unterdelikte nur durch das Hinzutreten besonderer Merkmale unterscheiden, sondern sie hat ihr spezifisches Merkmal darin, daß der Thäter einer ihm gerade gegenüber dem Verletzten obliegenden vermögensrechtlichen Verpflichtung zuwiderhandelt. Hiernach läßt sich die Untreue bestimmen als die vermögensrechtliche Benachteiligung einer Person innerhalb eines Verhältnisses, kraft dessen der Thäter zur Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des Verletzten verpflichtet ist.

II. **Untreue kann nur innerhalb der Verhältnisse begangen werden, die das Gesetz aufzählt.** Hierin liegt folgendes:

1. Untreue ist nur dann gegeben, wenn der Thäter gerade auf Grund des Verhältnisses gehandelt hat, das ihn zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verpflichtet. Es muß also z. B. der Vormund als solcher die Benachteiligung des Vermögens seines Mündels vorgenommen haben. Sind unter Trennung der Geschäftskreise mehrere Vormünder bestellt, so kann jeder nur innerhalb des seinigen eine Untreue begehen. Ist der Vormund zugleich Schuldner seines Mündels, so liegt keine Untreue vor, wenn er die Forderung verjähren läßt. **E 13, 333 19, 80.**
2. Die Möglichkeit der Thäterschaft ist beschränkt. Nur die im Gesetze ausdrücklich genannten Personen können Thäter der Untreue sein. Wer als Pseudovormund oder Pseudobevollmächtigter das Vermögen eines andern beschädigt, begeht vielleicht Betrug oder Unterschlagung, aber keine Untreue. Es fragt sich aber, ob Thäterschaft dann möglich ist, wenn der Betreffende zwar rechtlich aufgehört hat, Vormund oder Bevollmächtigter zu sein, thatsächlich aber sich noch in dieser Stellung befindet. Z. B. der entlassene Vormund hat noch das Vermögen des Mündels an seinen Nachfolger herauszugeben; oder der Bevollmächtigte, dessen Vollmacht widerrufen ist, befindet sich noch im Besitze der schriftlichen Vollmacht und handelt noch auf Grund derselben. Man wird hier sagen müssen: solange nach dem einschlagenden bürgerlichen Rechte ein Vormundschafts- oder Bevollmächtigungsverhältnis in einzelnen Beziehungen fortdauert, kann auch innerhalb dieser Beziehungen noch eine Untreue begangen werden. Vergl. BGB §§ 169. 175. 1893. KO § 23. So im wesentlichen auch Draheim, Untreue und Unterschlagung (1901) 19, **E 14, 184. 17, 241.** Die gleiche Frage kann auch für andere Thäter auftreten, ist aber gerade für den Vormund und den Bevollmächtigten von besonderer Bedeutung.

III. **Charakteristik der einzelnen Thätergruppen.**

1. Die erste Gruppe umfaßt zumeist gesetzliche Vertreter. — Zu den Vormündern gehört auch der Gegenvormund. Ebenso Olsh. 4, Binding, Lehrb. 399, Draheim a. a. O. 20. Über den Begriff des Kurators s. § 34 III und **E 24, 109.** Dieses Urteil fordert ein kraft Gesetzes bestehendes Schutzverhältnis über eine Person, zufolge dessen dem betr. zwar nicht die allgemeine Fürsorge, wohl aber die Wahrung spezieller und vorwiegend sachlicher Interessen übertragen ist. Demnach ist der heutige Pfleger als Kurator anzusehen (ebenso Binding, Lehrb. 399), nicht aber der „Kurator" einer Sparkasse. Mit Draheim und Binding ist ferner anzunehmen, daß der Beistand des BGB's nur im Fall des § 1693 unter den Begriff des Kurators fällt. Als Massenverwalter erscheint nach heutigem Rechte der Konkursverwalter. Vergl. **E 26, 106.**
2. Die zweite Gruppe beschränkt sich auf den Bevollmächtigten, als den gewillkürten Vertreter. Darauf, ob eine förmliche Vollmacht (schriftlich oder mündlich) erteilt ist, kommt es nicht an. Zu den Bevollmächtigten rechnen **E 19, 271, 23, 315** auch die von der Vertretung nicht ausgeschlossenen Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft, desgl. **E 15, 41. R 4, 683** Beamte, welche kraft ihrer Stellung zu privatrechtlichen Handlungen mit bindender Wirkung für den Staat oder eine Korporation berufen sind. A. A. bzgl. des ersten Punktes Ammon, Die Untreue (1894) 61, bzgl. beider Draheim a. a. O. 25 (mit sehr gewichtigen

Digitized by Google

Gründen), Binding, Lehrb. 400, Meyer 631. Daß der Gerichtsvollzieher als Bevollmächtigter der Partei erscheint, geben alle kriminalistischen Schriftsteller zu. S. über die im Zivilprozesse sehr bestrittene Frage Gaupp-Stein, Die Zivilprozeßordnung (1901) 1, 390 ff. Wer nur technische Dienstleistungen vorzunehmen beauftragt und ermächtigt ist, ist nicht Bevollmächtigter. Daher macht sich der Schreiber eines Anwalts keiner Untreue schuldig, wenn er einem Vertrage einen von dem Diktate oder dem Konzept abweichenden Inhalt giebt. S. E 7, 377.

3. Die dritte Gruppe umfaßt solche Personen, die von der Obrigkeit zur Betreibung ihres Gewerbes verpflichtet sind. Vergl. GO § 36. Sie können gleichzeitig Bevollmächtigte sein. Sind sie es nicht, so können sie mit fremden Vermögensangelegenheiten kraft ihrer gewerblichen Thätigkeit betraut werden. Voraussetzung ist stets, daß in der That eine obrigkeitliche Verpflichtung stattgefunden hat. Deshalb gehören lediglich privatim bestellte Versteigerer und Privatmäkler nicht hierher. Bezügl. der letzteren s. Draheim a. a. O. 23.

Die Aufzählung innerhalb der ersten beiden Gruppen ist erschöpfend dagegen läßt die dritte eine Ausdehnung auf alle obrigkeitlich zum Gewerbebetrieb verpflichteten Personen zu.

IV. Die benachteiligende **Handlung** ist in Nr. 2 wesentlich spezieller bezeichnet als in Nr. 1 und 3. Untreue des Bevollmächtigten liegt daher nur vor, wenn er über eine Forderung oder ein anderes Vermögensstück des Auftraggebers absichtlich zum Nachteile desselben verfügt. Maßgebend ist dabei der zivilrechtliche Begriff des Vermögens. S. § 263 V 1. E 26, 106 nimmt jedoch an, daß zum Vermögen des Auftraggebers auch das gehört, was nach Zivilrecht seiner ausschließlichen Herrschaft unterworfen ist, und rechnet die Konkursmasse demgemäß zum Vermögen des Konkursverwalters. Vermögensstücke sind alle Bestandteile des Aktivvermögens. So Draheim a. a. O 31. Der Nichterwerb eines Vermögensstücks für den Auftraggeber ist nicht als strafbare Untreue anzusehen. Ebensowenig die Belastung des Vermögens des Auftraggebers mit Schuldverbindlichkeiten. E 10, 72. 13, 376, Olsh. 9, Draheim a. a. O. 49. A. A. Binding, Lehrb. 401. Diesem ist jedoch zuzugeben, daß eine dingliche Belastung des Vermögens als eine Verfügung über Vermögensstücke erscheint. Mit Recht bejahen das zweite der angeführten Urteile und E 23, 315 die Frage, ob ein von dem Auftraggeber akzeptiertes Wechselformular zu dessen Vermögen gehört. Ebenso Olsh. 8. A. A. Binding, Lehrb. 401/2, Draheim a. a. O. 31.

Übrigens schlägt hier auch die bekannte Streitfrage ein, ob der Besitz zum Vermögen gehört. Dies kann für die § 246 II 3 b erwähnten Fälle Bedeutung haben. Vergl. Kronecker, Arch. 34, 402 ff., Draheim a. a. O. 35 ff.

Obwohl das Gesetz in den einzelnen Nummern nur von positiven Handlungen redet, so steht diesen doch hier wie sonst die Unterlassung einer pflichtmäßig gebotenen Handlung gleich. Man denke daran, daß der Vermögensverwalter eine Forderung des Geschäftsherrn absichtlich verjähren läßt. R 7, 692. E 11, 412. Auch gehört hierher der Fall, daß der Eisenbahnschaffner (sofern man ihn als Bevollmächtigten ansieht; vergl. o. III 1) von einem „blinden Passagier" die Nachzahlung nicht einfordert.

V. Als Erfolg der Handlung erscheint die **Benachteiligung.** Aus der systematischen Stellung folgt, daß diese nur als vermögensrechtliche gedacht werden darf. So die herrschende Lehre. E 14, 404. 16, 77. 23, 280. 27, 39. Daher macht sich der Vormund, der das Mündel verkuppelt, der Untreue nicht schuldig. A. A. Meyer 632 u. Ammon a. a. O. 44. 59. Gegen diese Binding, Lehrb. 396, Draheim a. a. O. 41 ff. — Über den Begriff der Vermögensbeschädigung s. § 263 V. Solche Vermögensbeschädigungen, die innerhalb der ordentlichen Geschäftsführung liegen, z. B. durch das Geben von Trinkgeldern verursacht werden, gehören nicht hierher.

Der Versuch ist straflos. Vergl. E 16, 77.

Digitized by Google

VI. Der **Dolus** wird durch das Wort „absichtlich" hervorgehoben. Der Thäter muß also zweifellos die benachteiligende Wirkung seiner Handlungsweise erkennen. Nach dem unter V Gesagten ist weiter das Bewußtsein zu verlangen, daß die Handlung außerhalb einer ordnungsgemäßen Geschäftsführung liege. Dagegen darf man nicht fordern, daß die Benachteiligung erstrebt werden müsse, daß der Thäter gerade darum die betreffende Handlung vornehme, weil es ihm um die Benachteiligung zu thun ist. „Absichtlich" bedeutet vielmehr nichts anderes als vorsätzlich. Für diese Auslegung spricht namentlich die Erwägung, daß der letzte Absatz den erstrebten Erfolg durch einen Finalsatz („um sich . . . einen Vermögensvorteil zu verschaffen") einführt, und daß, wenn schon das Wort „absichtlich" in diesem Sinne zu deuten wäre, für den qualifizierten Fall kaum etwas übrig bliebe. So die herrschende Lehre (E 1, 172) (die jedoch entgegen der S. 106 vertretenen Ansicht dol. event für ausreichend hält). Abweichend Oppenh.-Del 1, Merkel in Holtzend. Handb. 4, 440.

VII. Über den qualifizierten Fall s. VI.

VIII. **Idealkonkurrenz** ist namentlich möglich mit Diebstahl, Unterschlagung (abweichend Binding 1, 363 und Lehrb. 397; gegen ihn Draheim a. a. O. 54 ff.), Betrug und Sachbeschädigung. Dagegen stellt die Prävarikation (§ 356) nur einen Spezialfall der Untreue dar. Die Parallele für das Gebiet des öffentlichen Rechts bietet § 92 Nr. 3.

IX. Durch die neuere Gesetzgebung ist der Thatbestand der Untreue auf eine Reihe anderer Verhältnisse ausgedehnt worden. Ges. über die eingeschriebenen Hilfskassen § 34, Ges. betr. die Krankenversicherung § 42, GUBG § 45, Unfallversicherungsges. f. d. Land- und Forstwirtschaft § 47, Bau-Unfallversicherungsges. § 14, See-Unfallversicherungsges. § 45, Invalidenversicherungsges. § 93, Hypothekenbankges. § 36, Börsenges. § 79 Nr. 2, HGB § 312.

Dreiundzwanzigster Abschnitt.

Urkundenfälschung.

Durch die Überschrift des Abschnitts werden hier wie anderwärts nicht sämtliche in ihm behandelte Delikte gedeckt. Insbesondere scheiden die in den §§ 271. 274. 278 normierten Thatbestände aus. Anderseits umfaßt der 23. Abschnitt auch nicht sämtliche Urkundendelikte. Vergl. außerdem §§ 92 Nr. 1. 133. 299. 348. 349. 363.

§ 267.

Wer in rechtswidriger Absicht eine inländische oder ausländische öffentliche Urkunde oder eine solche Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist, verfälscht oder fälschlich anfertigt und von derselben zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird wegen Urkundenfälschung mit Gefängnis bestraft.

I. **Das Wesen der Urkundenfälschung im allgemeinen.** — Urkunden genießen deshalb einen besonderen strafrechtlichen Schutz, weil die in ihnen enthaltene Erklärung entweder selbst eine rechtserhebliche Thatsache ist (z. B. ein Wechselakzept) oder doch den Schluß auf eine solche zuläßt (z. B. Eintrag in ein Geburtsregister). Beides pflegt man (nicht ganz korrekt) zusammenzufassen in der Formel: die Urkunde wird deshalb strafrechtlich geschützt, weil sie Beweisfähigkeit hat. Die Urkunde kann nun

1. gefälscht oder fälschlich angefertigt werden, indem der Fälscher den Schein hervorruft, als habe der Aussteller eine Erklärung abgegeben, die er in Wahrheit nicht oder doch nicht zu dieser Zeit oder nicht an diesem Orte abgegeben hat. Beides fällt unter den Begriff der Urkundenfälschung. Es kann aber auch die Urkunde

Digitized by Google

2. mit einem der Wahrheit nicht entsprechenden Inhalte versehen, es kann in der Urkunde gelogen werden. Hier hat der Aussteller thatsächlich die in der Urkunde enthaltene Erklärung abgegeben. Die Urkunde ist echt und unverfälscht, ihr Inhalt aber unwahr. Dieser Fall heißt Falschbeurkundung und wird im § 348 behandelt. Soweit er nicht von dieser Stelle umfaßt wird, kann er als Vorspiegelung einer unwahren Thatsache (§ 263) in Betracht kommen. Z. B. falscher Eintrag in ein Handelsbuch.

II. Der **Begriff der Urkunde**, den die Motive irrtümlicherweise als feststehend bezeichnen, ist in Wahrheit sehr bestritten. Die zahllosen darüber aufgestellten Ansichten stimmen sachlich doch darin überein, daß die Urkunde zunächst eine Erklärung ist. Das Verdienst hierauf mit größter Schärfe hingewiesen zu haben kommt Brodmann, GS 47, 112 zu. Die rechtliche Bedeutung der Urkunde liegt mithin in dem Gedanken, den sie äußert. Dadurch unterscheidet sie sich vom Augenscheinsobjekt (z. B. dem Hause, dem Flusse, dem Hunde). Auch dieses kann rechtliche Bedeutung und namentlich Beweiskraft haben, aber nicht kraft seines gedanklichen Inhalts (den es regelmäßig gar nicht hat), sondern kraft seiner Lage und Beschaffenheit. Häufig sagt man, die Urkunde beweise über eine außerhalb ihrer selbst liegende Thatsache, das Augenscheinsobjekt nur über sich selbst. So z. B. John, Ztschr. 4, 36, Oppenh.-Del. 40, E 17, 282. 19, 62. 30, 329. Dagegen Weismann, Ztschr. 11, 13, Brodmann, GS 47, 431, Binding Grundriß 8, 17, Beling, Ztschr. 18, 293. In der That ist die erwähnte Formulierung in doppelter Beziehung falsch. Denn einmal kann auch ein Augenscheinsobjekt über eine außerhalb seiner selbst liegende Thatsache Beweis erbringen, z. B. das Erdreich darüber, daß hier jemand gegangen ist, der elektrische Apparat über ein Gewitter, sodann aber würde es inkorrekt sein, wenn man behaupten wollte, der Wechsel beweise, daß der Aussteller eine Erklärung abgegeben habe, vielmehr ist der Wechsel die (perpetuierte) Erklärung.

In der Perpetuierung der Erklärung liegt der Schlüssel, der zu dem zweiten Begriffsmerkmale führt. Durch sie unterscheidet sich die Urkunde von der mündlichen Gedankenäußerung. Sie ist eine vox mortua im Gegensatze zur vox viva. Aber das lebendige Wort verrauscht, das tote bleibt bestehen. Indessen ist auch nicht jede perpetuierte Erklärung eine Urkunde, z. B. nicht in gewisser Form gelegte Steine, auch nicht abgebrochene Zweige. Vielmehr gehört zum Begriffe der Urkunde eine Sache (Papier, Holz, Stein), auf der sich die Erklärung befindet und die dann selbst zu einem Bestandteile der Urkunde wird. Die Erklärung muß m. a. W. verkörpert sein, die Urkunde ist in zweiter Linie eine verkörperte Erklärung.

Das eigentliche Gebiet des Streites beginnt aber erst, wenn man weiter die Frage aufwirft, ob jede verkörperte Erklärung, z. B. jeder Privatbrief, als Urkunde anzusehen ist. Eine in Theorie und Praxis weit verbreitete Ansicht engt den Urkundenbegriff dadurch ein, daß sie die Beweisbestimmung als wesentlich erklärt. Dies in dem Sinne, daß die Urkunde entweder von vornherein mit einem animus probandi angefertigt sein oder doch nachträglich durch einen maßgebenden Willen die Bestimmung erhalten haben müsse, eventuell als Beweismittel zu dienen. So namentlich Merkel in Holtzend. Handb. 3, 788 und ihm folgend Berner 596, v. Liszt § 160, Meyer 709, Olsh. 3, Oppenh.-Del. 40, Hälschner 2, 520, E 4, 4. 17, 103, 282. 20, 6. Dagegen Mommsen GS 36, 38, v. Buri, GS 36, 185, Riedel GS 38, 538, v. Kries, Ztschr. 6, 148 ff., Weismann, Ztschr. 11, 21, 22, Beling, Ztschr. 18, 292, P. Merkel, Die Urkunde im deutschen Strafrecht (1902) 145. 222 ff. 287 ff. E 2, 173. R 5, 625. (Außer der Beweisbestimmung fordern manche noch Fähigkeit, Beweis zu erbringen. So neuerdings E 34, 53. Vergl. darüber P. Merkel a. a. O. 293 ff.).

Zunächst ist zu betonen, daß die Streitfrage für das Gebiet der Urkundenfälschung ohne Bedeutung ist. Schafft der Fälscher die Erklärung in rechtswidriger Absicht neu, so fertigt er zweifellos eine Urkunde fälschlich an; denn die rechtswidrige Absicht ist ein animus probandi. Verfälscht er in der gleichen Absicht ein ohne diesen animus ver-

Digitized by Google

fertigtes Schriftstück, so macht er aus ihm jedenfalls eine Urkunde. Er fertigt also auch in diesem Falle eine Urkunde fälschlich an. Denn zum Anfertigen gehört doch nicht, daß er die Urkunde aus nichts gemacht haben müßte.

Bedeutung erlangt die Streitfrage erst für die übrigen Urkundendelikte, namentlich für die Urkundenvernichtung und -Beseitigung der §§ 274. 348. Nun ist auf diesem Gebiete der Sprachgebrauch des Gesetzes nicht gleichmäßig. Während es im § 299 schlechthin alle Schriftstücke als Urkunden bezeichnet, ergiebt sich aus der Vorgeschichte des § 353a, daß hier der Ausdruck Schriftstücke gebraucht wird, um mehr als die Urkunden zu umfassen. Mit Rücksicht auf die historische Überlieferung und den Sprachgebrauch des täglichen Lebens wird man daher geneigt sein, außerhalb des § 299 das Erfordernis der Beweisbestimmung aufzustellen. Dabei ergiebt sich aber sofort eine andere Schwierigkeit.

Wer schriftlich eine Ware bestellt oder eine Bestellung annimmt, denkt regelmäßig gar nicht daran, daß seine Erklärung als Beweismittel in Betracht kommen könne, und noch viel weniger beabsichtigt er, durch sie ein Beweismittel zu schaffen. Nun wäre es doch sehr eigentümlich, wenn derartige Erklärungen in geringerem Maße geschützt sein sollten als solche, die keinen dispositiven Charakter haben und sich nur durch ihre Beweisbestimmung auf das Rechtsleben beziehen. So gewiß eine Thatsache von unmittelbarer Rechtswirkung bedeutsamer ist als eine solche, die nur als Beweis für eine solche dient, so gewiß muß ein Schriftstück, dessen Inhalt selbst eine rechtserhebliche Thatsache ist, mindestens den gleichen Schutz genießen wie ein Schriftstück, dessen Inhalt nur den Schluß auf eine solche zuläßt.

Diese Erwägungen führen aber zu einem höheren Gesichtspunkte: der den Urkunden zugestandene Rechtsschutz wird solchen verkörperten Erklärungen gewährt, die für den Rechtsverkehr bestimmt sind. M. a. W.: **Urkunde ist eine verkörperte für den Rechtsverkehr bestimmte Erklärung.**

Unter der einseitigen Betonung der Beweisbestimmung leidet die Lehre von den Urkundsdelikten ungemein. Auch Binding kann sich nicht davon frei machen. Er definiert Grundriß 3, 178 die Urkunde als „ein Schriftstück, durch welches der Aussteller eintritt für die Wahrheit einer darin enthaltenen, also bekundeten, rechtlich bedeutsamen Thatsache". Dabei spricht die Auffassung mit, als müsse jede Urkunde eine außerhalb ihrer selbst liegende Thatsache beweisen. Bei einem Wechselakzept vermag ich eine solche Thatsache nicht zu erkennen, ebensowenig bei einer Vertragsofferte. Wohin aber diese Auffassung führt, zeigt E 19, 62. Hier wird Kostennoten des Gerichtsvollziehers die Urkundeneigenschaft abgesprochen, weil sie nicht mehr beweisen, als daß der Gerichtsvollzieher den betr. Betrag verlange. Sollte wirklich die Fälschung einer solchen Note weniger strafbar sein als die eines Entschuldigungszettels wegen Schulversäumnis? Vergl. E 21, 187.

Die Frage, ob die Erklärung für den Rechtsverkehr bestimmt ist, muß nach den konkreten Verhältnissen beantwortet werden. Die Bezeichnung des Absenders auf einer Postpaketadresse ist nicht ohne weiteres für den Rechtsverkehr bestimmt. Denn die Post fordert keine Namhaftmachung des Absenders, und ob diese für den Rechtsverkehr mit dem Adressaten bestimmt ist, kann nur von Fall zu Fall beurteilt werden. Deshalb liegt darin, daß eine falsche Person als Absender bezeichnet wird, keineswegs schlechthin eine Urkundenfälschung. E 17, 141. Vergl. Urt. d. RG's i. Arch. 40, 442.

Die Bestimmung für den Rechtsverkehr erfordert nicht, daß das Original der Urkunde dem Rechtsverkehr zugänglich gemacht werde (man denke etwa an gerichtliche Urteile). Auch braucht der Aussteller der Urkunde nicht selbst diese Bestimmung zu geben. Thut er es, so kann man im Anschlusse an Binding, Grundriß 3, 161 ff. die Urkunde als Absichtsurkunde bezeichnen im Gegensatz zur Zufallsurkunde, d. h. einer solchen, die erst durch eine dritte Person oder wenigstens erst nachträglich diese Bestimmung erlangt. Vertrauliche Privatbriefe z. B. sind zunächst keine Urkunden, sie werden aber dazu, sobald jemand in prozeßgemäßer Form erklärt hat, durch sie

Digitized by Google

beweisen zu wollen, vorausgesetzt, daß er sie entweder selbst in Händen hat oder daß der Inhaber verpflichtet ist, sie auf Verlangen herauszugeben. Vergl. ZPO §§ 422. 423. 429, BGB § 810, HGB §§ 45. 46. StPO §§ 94. 95. Nur in diesem Sinne scheint es mir haltbar, wenn die herrschende Lehre vielfach von einer Beweisbestimmung durch einen „maßgebenden Willen" redet. Vergl. Binding, Grundriß 3, 160 ff.

Die hier vertretene Auffassung des Urkundenbegriffs läßt sich als eine subjektive bezeichnen, insofern sie das charakteristische Merkmal der Urkunde nicht in ihrem Inhalt, sondern in ihrer Bestimmung findet. Dagegen bes. P. Merkel a. a. O. Er selbst definiert S. 328 die Urkunde als „ein Originalschriftstück", worin deutlich und anscheinend von einem dazu berufenen Aussteller Rechtsvorgänge, Geschäftsangelegenheiten, Zeugnisse, Urteile, Gutachten und dergl. glaubwürdig bescheinigt oder festgestellt sind." Danach wären Schriftstücke, deren Inhalt sich nur zufolge besonderer Umstände rechtlich verwerten läßt, niemals Urkunden. Diese von P. Merkel ausdrücklich anerkannte Konsequenz scheint mir aber gerade im Hinblick auf Privatbriefe bedenklich, zumal da in einem Ehescheidungsprozesse gegenüber dem Fälscher von Liebesbriefen nicht einmal der Gesichtspunkt des Betrugs durchschlagen, er vielmehr völlig straflos bleiben würde.

III. **Folgesätze aus dem Begriffe der Urkunde.** — Aus dem Umstande, daß die Urkunde eine Erklärung ist, ergeben sich folgende Konsequenzen:

1. Der Urkundenentwurf ist keine Urkunde. Denn zum Wesen der Erklärung gehört es, daß sich der Erklärende ihrer entäußert hat. Das fehlt aber gerade beim Urkundenentwurf; er ist Vorbereitung einer Erklärung, aber nicht selbst Erklärung. Wer einen Urkundenentwurf als solchen fälscht und von ihm als solchem Gebrauch macht, begeht keine Urkundenfälschung, wer einen fremden Urkundenentwurf vernichtet, keine nach § 274 strafbare Handlung. Vergl. auch E 23, 205 (übereinstimmend).
2. Die Abschrift einer Urkunde ist grundsätzlich nicht selbst Urkunde. Denn sie ist nicht Erklärung, sondern Reproduktion einer Erklärung. Wer von einer echten Urkunde eine falsche Abschrift nimmt und von dieser als Abschrift Gebrauch macht, begeht keine Urkundenfälschung. Ebensowenig, wer ein Schriftstück als Abschrift eines gar nicht existierenden Originals anfertigt und für die Abschrift eines existierenden ausgiebt. E 24, 281. 26, 270. Indessen bedarf der aufgestellte Grundsatz zweier Einschränkungen:
   a) Ist die Abschrift auch keine Erklärung des Ausstellers des Originals, so kann sich mit ihr doch eine Erklärung des Abschreibers über die Übereinstimmung mit dem Original verbinden, sodaß sie insofern (Original-)Urkunde ist. Wer die beglaubigte Abschrift eines Vertrags nachträglich ändert, verfälscht damit eine Urkunde.
   b) Geht der Wille des Ausstellers dahin, daß Reproduktionen seiner Erklärung im Rechtsverkehr als Original gelten sollen, so verschwindet der Gegensatz zwischen Original und Abschrift. Dies ist namentlich für gedruckte oder sonst vervielfältigte Prospekte von Wichtigkeit. E 29, 357, Olsh. 18, Binding, Grundriß 3, 178. S. auch P. Merkel a. a. O. 255 ff. und u. VII.
3. Eine in Schrift (oder schriftvertretenden Zeichen) verfaßte Notiz ist nur dann eine Urkunde, wenn sie in sich verständlich ist. Denn jede Erklärung setzt notwendigerweise einen Gedanken voraus, der durch sie zum Ausdrucke gebracht wird. Durch abgerissene Worte wie „ja" oder „nein" können zwar Gedanken geäußert werden, aber nur, wenn man die begleitenden Umstände — hier die voraufgegangene Frage — mit hinzunimmt. Für sich allein betrachtet sind sie keine Erklärungen. Ist nun die Urkunde eine verkörperte Erklärung, so wird der Begriff durch die Niederschrift abgerissener Worte oder Ziffern grundsätzlich nicht erfüllt. So auch E 20, 6. Deshalb sind

Digitized by Google

Garderobenummern, Biermarken, Visitenkarten keine Urkunden. Allerdings kann durch das Hingeben, das Vorzeigen, den Besitz solcher Gegenstände etwas erklärt werden, der Gegenstand selbst aber erklärt nichts. — Abweichend hiervon hat E 4, 3 als Urkunde eine Blechmarke erklärt, die als Aufschrift die Ziffer 1 trug, und deren Besitz als Legitimation für gewisse Arbeitsleistungen galt. Für diese Entscheidung John, Ztschr. 6, 54, Riedel, GS 38, 552. Dagegen mit Recht v. Buri, GS 36, 194. 39, 41. Weismann, Ztschr. 11, 25, P. Merkel a. a. O. 216 ff. — Aus dem gleichen Grunde ist die Urkundenqualität beim Malerzeichen zu verneinen. A. A. Goldschmit, GS 55, 179, E 34, 53. Desgleichen bei Namen in der Wäsche. Hier und anderwärts erklären sich zahlreiche Streitfragen dadurch, daß die Verständlichkeit gewisser Notizen nicht ohne weiteres bejaht, noch auch ohne weiteres verneint werden kann. Man wird in dieser Beziehung folgende Grundsätze aufstellen müssen:

a) Abgerissene Worte, Zeichen und Ziffern können durch den Gegenstand, auf dem sie verkörpert sind, einen gedanklichen Inhalt erlangen, das heißt zu Erklärungen werden. Ebenso P. Merkel a. a. O. 235. 241 mit dem Zusatze, daß die Bedeutung der Worte usw. entweder gesetzlich bestimmt oder doch ihre Anwendung in einem bestimmten Sinne allgemein verkehrsüblich sein müsse. Demgemäß hat das RG Ziffern mit Namensangabe auf einer Geldrolle für Urkunden erklärt. E 18, 71. Desgleichen, jedoch schon in bedenklicherer Weise, die als Zollverschluß verwendete Plombe auf einem Kollo (E 13, 193. 15, 214; ebenso Riedel, GS 38, 546, a. A. Weismann, Ztschr. 11, 26, P. Merkel a. a. O. 215; vergl. übrigens Vereinszollgesetz § 159) und sogar das Siegel auf dem Spundloch eines Fasses. Arch. 37, 48. — Meist wird aus diesem oder einem ähnlichen Grunde auch der mit Zeichen versehene Grenzstein (s. u. c.) für eine Urkunde angesehen. Dies trifft indessen nicht zu. Denn eine Erklärung läßt sich hier nur unter Zuhilfenahme der Umgebung konstruieren. Die Umgebung aber gehört nicht mehr zum Grenzstein selbst. Es fehlt also an der Verkörperung der Erklärung. Daß der rohe Grenzstein keine Urkunde ist, muß hiernach entgegen der herrschenden Ansicht für zweifellos angesehen werden. Übereinstimmend Weismann, Ztschr. 11, 25. Vergl. auch § 274 Nr. 2. Ebensowenig läßt sich mit Olsh. 19 und E 22, 182 die Urkundenqualität eines Stimmzettels in der Wahlurne annehmen. Gegen das Urteil auch Beling, Ztschr. 18, 291 ff., P. Merkel a. a. O. 247.

b) Abgekürzte Redewendungen können Erklärungen enthalten und enthalten sie jedenfalls dann, wenn die Abkürzung eine übliche ist. Daher sind Fahrkarten als Urkunden anzusehen. E 20, 6. Gerade hier ist die Grenze sehr flüssig. Durch diesen Umstand wird es verständlich, daß der Waldhammerschlag in Theorie und Praxis bald als Urkunde angesehen wird, bald nicht. Vergl. E 25, 244 und u. c.

c) Der Umstand, daß die Zeichen nur für eingeweihte Personen einen gedanklichen Inhalt haben, steht nach der herrschenden Lehre der Urkundenqualität nicht entgegen. So bes. E 17, 352 gegen Mommsen, GS 36, 35, v. Buri, GS 36, 173 ff., Hälschner 2, 534, P. Merkel a. a. O. 235. 313. Von diesem Standpunkte aus hat die angeführte Entscheidung den Stempel für eine Urkunde erklärt, durch den verabredetermaßen die Beamten einer Eisenbahnverwaltung die Prüfung und Genehmigung von Schienen bescheinigen sollten. Vergl. auch E 6, 289. 11, 183. 34, 435 (letzteres Urteil erklärt Stiche auf einem Zifferblatt, die mittels einer sog. Kontroluhr hervorgebracht sind, für Urkunden). Die herrschende Lehre nimmt demgemäß an, daß Schriftlichkeit nicht zum Wesen der Urkunde gehöre. A. A. Brodmann, GS 47, 414, Binding, Grundriß 3, 146 ff, P.

Digitized by Google

Merkel a. a. O. 223 ff., Beling, Grundzüge 102. Sicherlich ist Binding im Recht, wenn er behauptet, daß nur bei der von ihm vertretenen, noch im preußischen StGB ausdrücklich anerkannten Auffassung eine scharfe Scheidung der Urkunden und der Beweiszeichen möglich sei. Indessen hat sich, wie BGB §§ 807 beweist, die deutsche Rechtssprache zu weit von der historisch überkommenen Anschauung entfernt, als daß ohne Änderung des Gesetzes eine Umkehr zu erwarten sein dürfte. (Hiergegen P. Merkel a. a. O. 231.) Mit dieser Bemerkung soll indessen die Rechtsprechung des RG's nicht durchaus gebilligt werden, insbesondere beachten viele Urteile das sogleich unter 4 hervorzuhebende Erfordernis nicht hinreichend. *Außerdem aber ist daran festzuhalten, daß Münzen und Wertzeichen aller Art nicht Urkunden im Sinne des StGB's sind.* Das folgt aus ihrer abgesonderten Behandlung (vergl. d. 8. Abschn., ferner §§ 275. 276, Invalidenversicherungsgesetz §§ 109. 154. 184.) Wesentlich übereinstimmend E **30**, 329. **32**, 116, OlSh. 51. A. A. Gerland, GS **59**, 121. 316 ff.

4. *Aus dem Begriffe der Urkunde als einer Erklärung folgt endlich, daß man aus ihr selbst muß entnehmen können, von wem sie herrührt.* Denn eine Erklärung ohne erklärende Person steht in der Luft, und wenn der Erklärende nicht aus der Erklärung selbst zu entnehmen ist, so fehlt es an der für den Urkundenbegriff erforderlichen Verkörperung. So im Ergebnis auch E **4**, 69. **30**, 118. **34**, 205, Beling, Ztschr. **18**, 295, P. Merkel a. a. O. 242 ff. Das letzte der angeführten Urteile versagt einem Schriftstück, das mit dem Zusatze „p" zu einem Namen gezeichnet ist die Urkundenqualität. Mit der sonstigen Praxis aber stimmt es nicht überein, wenn E **12**, 170 Briefadressen schlechthin als Urkunden behandelt. Weiter, aber zu weit gehend, fordert Binding, Grundriß **3**, 371 prinzipiell, daß die Urkunde unterschrieben oder mit Handzeichen versehen sei. S. u. V 1 vor b.

IV. Objekt der Urkundenfälschung kann sein:

1. **die öffentliche Urkunde.** Eine zwar formell auf dem Gebiete des Strafrechts nicht bindende, aber aus inneren Gründen anzuerkennende, wenn auch nicht ganz erschöpfende, Definition der öffentlichen Urkunde giebt ZPO § 415:

„Urkunden, welche von einer öffentlichen Behörde innerhalb der Grenzen ihrer Amtsbefugnisse oder von einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises in der vorgeschriebenen Form aufgenommen sind."

Zum Begriff der öffentlichen Urkunde gehört im wesentlichen folgendes:

a) *Ausstellung von einer öffentlichen Behörde oder einer mit öffentlichem Glauben versehenen Person.* Über den Begriff der Behörde s. § 114. Zu den öffentlichen Behörden gehören, wie P. Merkel a. a. O. 333. 334 mit Recht bemerkt, auch die Behörden öffentlicher Korporationen. Bestritten ist die Frage, ob Ärzte bezügl. der Impfscheine zu den mit öffentl. Glauben versehenen Personen zu rechnen sind. Verneinend Binding, Grundriß **3**, 186, E **28**, 332. Dagegen wohl mit Recht P. Merkel a. a. O. 337. 338. Vergl. Impfgesetz § 12.

b) *Ausstellung innerhalb der Amtsbefugnisse, bezw. innerhalb des zugewiesenen Geschäftskreises.* Die Beurkundung muß daher zum öffentlichen Berufskreise der Behörde gehören. So Binding, Grundriß **3**, 182. Deshalb erklärt E **25**, 69 die von der Vermögensverwaltung einer Gemeinde zum Beweise privatrechtlicher Beziehungen mit Privatpersonen aufgenommenen Urkunden für Privaturkunden. Man darf aber darum den von einer staatlichen Bahnbehörde ausgestellten Fahrkarten den Charakter öffentlicher Urkunden nicht bestreiten. Denn wenn sich auch die Bedeutung der Fahrkarte nach

Digitized by Google

Privatrecht bemißt, so gehört doch ihre Ausstellung ganz wesentlich zum öffentlichen Berufskreise der Bahnbehörden. Ebenso im Ergebnis E 8, 409, P. Merkel a. a. O. 367 ff. A. A. Binding, Grundriß 3, 182, Beling, Ztschr. 18, 295 ff. — Ob die Bestimmung der Amtsbefugnisse oder des Geschäftskreises nur durch Gesetz oder auch durch Verordnung erfolgen kann, beurteilt sich nach dem einschlagenden Staatsrecht. — Mit Recht erklärt E 18, 76 die von dem Vorsitzenden im Strafprozesse unterzeichnete Ladung zur Hauptverhandlung nicht für eine öffentliche Urkunde, weil die Ladung nach StPO § 213 Sache der Staatsanwaltschaft ist. Bedenklich erscheint dagegen die in E 30, 118 vertretene Auffassung, nach der nur der Bezirksfeldwebel, nicht auch das Bezirkskommando befugt ist, die Meldung von Mannschaften zu bescheinigen. Vergl. dazu E 34. 302, welches Urteil die Eintragungen des Bezirksfeldwebels in den Militärpaß über Meldungen der Mannschaften für öffentliche Urkunden erklärt.

c) *Wahrung der vorgeschriebenen Form.* Auch hier beurteilt es sich nach dem maßgebenden Staatsrecht, ob die Formvorschriften nur durch Gesetz oder auch durch Verordnung ergehen können. Der Mangel einer *wesentlichen* Formvorschrift steht der Eigenschaft der Urkunde als einer öffentlichen entgegen, dagegen kommt es auf den Mangel einer *unwesentlichen* nicht an. E 10, 35. 12, 331. 24, 281. Was eine wesentliche und was eine unwesentliche ist, muß durch Auslegung entschieden werden. Für *wesentlich* erklärt z. B. E 24, 281 bei preußischen Urteilsausfertigungen die Unterschrift des Gerichtsschreibers und die Hinzufügung des Siegels; E 30, 369 bei Posteinlieferungsbüchern die Unterschrift des Postbeamten; — für *nicht wesentlich* E 12, 231 bei dem Pfändungsprotokoll (ZPO § 762) die Unterschrift der Personen, mit denen verhandelt worden ist. Kasuistik bei P. Merkel a. a. O. 347. Nach diesem (349) ist schlechthin als wesentlich zu verlangen, daß aus der Urkunde hervorgehen müsse, welche Behörde sie ausgestellt und welchen Amtscharakter oder welche Stellung der Aussteller hat. — Leidet die verfälschte Urkunde an dem Mangel einer wesentlichen Formvorschrift, so liegt nicht die Fälschung einer *öffentlichen* Urkunde vor. Hat der Fälscher die Urkunde fälschlich angefertigt, ihr aber durch Vernachlässigung einer wesentlichen Formvorschrift nicht den Anschein einer echten öffentlichen gegeben, so ist ihm jedenfalls die Fälschung einer *öffentlichen* Urkunde nicht gelungen. — Fehlt es an Formvorschriften, so muß die Wahrung der bei Urkunden der betr. Art üblichen Form für erforderlich und ausreichend angesehen werden. Olsh. 7. Vergl. E 25, 69.

d) *Bestimmung der Urkunde für den Verkehr nach außen.* Erklärungen, die im inneramtlichen Verkehre abgegeben werden, sind nicht mit derjenigen Beweiskraft ausgestattet, welche den innern Grund des Strafschutzes bildet. So, jedoch mit verschiedener Motivierung, Riedel, GS 39, 161 ff, Binding, Grundriß 3, 173. Auch das RG steht auf dem Boden dieser Auffassung. Vergl. E 1, 42. 11, 291 (Bemerkungen des Postboten auf der Postanweisung oder der Postpaketadresse über die erfolgte Aushändigung), 19, 352 (Revisionsvermerke der Steuerbeamten auf den Betriebsplänen der Brennereien), R 5, 724 (polizeiliche Anzeigen eines Schutzmannes). A. A. P. Merkel a. a. O. 356 ff. Er legt Gewicht darauf, ob die Ausstellung in Folge einer öffentlich-amtlichen Verpflichtung oder lediglich im Interesse der inneramtlichen Verpflichtung erfolgt.

Eine Privaturkunde wird zu einer öffentlichen, wenn der Inhalt von einer zuständigen Behörde usw. in vorgeschriebener Form als richtig bescheinigt wird. Die bloße Beglaubigung der Unterschrift macht aber die darüberstehende Privaturkunde nicht zu einer öffentlichen. Noch viel weniger ist die (unbeglaubigte) Abschrift einer öffentlichen Urkunde selbst eine öffentliche.

Daß die öffentliche Urkunde zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen

Digitized by Google

von Erheblichkeit sei, fordert das Gesetz nicht ausdrücklich; es fragt sich aber, ob es öffentliche Urkunden giebt, denen diese Eigenschaft fehlt. Deshalb ist der Streit, ob das Erfordernis zu subintelligieren sei oder nicht, müßig. Ebenso P. Merkel a. a. O. 356. S. einerseits Riedel a. a. O. 163, anderseits John, Ztschr. 4, 27, Weismann, Ztschr. 11, 53, Binding, Grundriß 3, 188;

2. **eine Privaturkunde, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist.** — Es unterliegt keinem Zweifel, daß der Begriff der Privaturkunde nur ein negativer ist und eine nichtöffentliche Urkunde bezeichnet. Einigkeit besteht auch darüber, daß die Urkunde zum Beweise von Rechten usw. erheblich sein kann, obwohl sie nur einzelne der in Betracht kommenden Thatsachen zu beweisen geeignet ist, z. B. den Rücktritt vom Vertrage, aber nicht den Abschluß des Vertrags (E 1, 293), den Umfang der geleisteten Arbeit, aber nicht den bedungenen Lohn (E 11, 183). Im übrigen aber ist es bestritten, in welchem Sinne das Erfordernis der Beweiserheblichkeit zu verstehen sei.

Zunächst ist klar, daß unter Umständen schlechthin jede Urkunde zum Beweise von Rechten usw. von Erheblichkeit sein kann. Denn wenn eine Reihe von Indizien für eine bestimmte Thatsache spricht, so kann gerade das durch die Urkunde dargebotene weitere die Kette der Beweisführung schließen.

Auf der andern Seite aber spricht der Wortlaut des Gesetzes dafür, daß die Beweiserheblichkeit der Urkunde nicht von äußeren Zufälligkeiten abhängen darf, sondern eine ihr selbst innewohnende Eigenschaft sein muß. Die Frage lautet also: wie ist die Beweiserheblichkeit der Urkunde als eine ihr selbst innewohnende und nicht erst durch äußere Zufälligkeiten bedingte Eigenschaft näher zu bestimmen?

Die Antwort kann nur lauten: es muß aus der Urkunde selbst ein unmittelbarer Schluß auf eine rechtserhebliche Thatsache gezogen werden können. So sachlich auch die herrschende Lehre, wenn sie verlangt, daß die Beweiserheblichkeit der Urkunde „aus ihrem Inhalte, objektiv angesehen, hervorgehen und erkennbar sein muß". So E 1, 293. 8, 187, Olsh. 15.

Der erwähnte Schluß kann gezogen werden,

a) wenn die Urkunde eine unmittelbar rechtserhebliche Erklärung enthält. Hierher gehören zunächst die sog. dispositiven Urkunden, d. h. diejenigen, durch welche ein rechtserheblicher Wille erklärt wird. Z. B. Testamente, Schuldscheine, Quittungen, Wechsel, Verkaufsofferten und deren Annahme, Bestellzettel, Berichtigungsschreiben an die Redaktion einer Zeitung (E 33, 137), unter Umständen auch Empfehlungen eines Kreditsuchenden (R 8, 298). Außerdem aber die an den Schuldner gerichtete Mitteilung über eine erfolgte Abtretung der Forderung, ferner Erklärungen über das Lebensalter oder über frühere Krankheiten beim Abschlusse eines Lebensversicherungsvertrags. Vergl. Weismann, Ztschr. 11, 8. — Fehlt es einer Urkunde dieser Kategorie an der vom Gesetz, geforderten Form, so kann damit ihre Beweiserheblichkeit entfallen. Vergl. Olsh. 18;

b) wenn die Urkunde über eine rechtserhebliche Thatsache berichtet, sie erzählt (sog. Zeugnisurkunde). Hierher gehören namentlich die sog. Beweisurkunden, d. h. solche, die zum Beweise einer Thatsache errichtet sind, z. B. Protokolle über die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft oder die Handelsbücher eines Kaufmanns. E 4, 4 (mit Ausnahme des Falles, daß sie nur dazu dienen sollen, ihm selbst eine Übersicht über den Stand des Geschäfts zu gewähren; alsdann sind sie nach der oben vertretenen Auffassung überhaupt keine Urkunden). Aber auch rein persönlich gehaltene Mitteilungen sind hierher zu rechnen. So erklärt es E 32, 133 für Urkundenfälschung, wenn jemand unter falschem Namen der Militärbehörde mitteilt, daß ein Reservist ohne

Digitized by Google

genügende Entschuldigung bei der Kontrolversammlung gefehlt habe. Vergl. auch E 28, 227. Auf der andern Seite stehen zahlreiche Urteile des RG's (E 8, 187. 19, 174. 24. 395. 26, 358), die privaten Zeugnissen oder Gutachten grundsätzlich die Beweiserheblichkeit absprechen, weil es aus prozessualen Gründen der Vernehmung des Ausstellers als Zeugen bedürfe. Dagegen weist Binding, Grundriß 3, 192 mit Recht darauf hin, daß es auf die Beweiserheblichkeit nicht nur im Prozesse, sondern auch im außergerichtlichen Verkehr ankomme; vergl. auch P. Merkel a. a. O. 431 ff.;

c) wenn die Urkunde die rechtserhebliche Thatsache zwar nicht berichtet, ihr Inhalt aber einen unmittelbaren Schluß auf sie zuläßt. So kann z. B. ein Liebesbrief einen direkten Schluß auf ein ehebrecherisches Verhältnis zulassen. Auch das Datum kann ganz ohne Rücksicht auf den Inhalt einen solchen Schluß ermöglichen; z. B. das Datum einer Postkarte darauf, daß ein Prokurist, der bei Meidung einer Vertragsstrafe den Sitz des Geschäftes nicht verlassen darf, an einem dritten Orte war.

Dagegen fehlt es an der Beweiserheblichkeit, wenn die Urkunde an sich nur einen Schluß auf ein Indiz einer rechtserheblichen Thatsache zuläßt; oder wenn das Rechtsgeschäft, auf das sie sich bezieht, nichtig ist, es sei denn, daß das als solches nichtige Rechtsgeschäft in anderer Beziehung eine rechtserhebliche Thatsache darstellt. E 26, 362.

Die Rechtserheblichkeit der Thatsache braucht aus der Urkunde selbst nicht ersichtlich zu sein. So die herrschende Lehre. Vergl. Weismann Ztschr. 11, 16 gegen v. Buri. GS 36, 185. (Damit verträgt es sich sehr gut, daß der Schluß auf die Existenz der Thatsache, wie oben gesagt, direkt aus der Urkunde muß gezogen werden können. Den von P. Merkel a. a. O. 399 behaupteten inneren Widersprnch muß ich bestreiten.)

Der Standpunkt des Gesetzes ist sehr unklar und mit völliger Konsequenz gar nicht durchzuführen. Dennoch erscheint es bedenklich, mit Weismann Ztschr. 11, 16 das Erfordernis der Beweiserheblichkeit lediglich als Bestandteil des Vorsatzes zu verstehen, oder gar mit Binding, Grundriß 3, 191 ganz zu streichen.

Unerheblich sind folgende Punkte:

a) die Natur des Rechtes oder Rechtsverhältnisses. Namentlich gehören auch solche Privaturkunden hierher, die für ein öffentliches Rechtsverhältnis beweiserheblich sind, z. B. die Klage, der Zahlungsbefehl. Vergl. E 32, 133. Zweifellos ist als eine für Rechte beweiserhebliche Urkunde auch ein solches ärztliches Rezept anzusehen, durch das der Apotheker zur Abgabe des verschriebenen Stoffes erst ermächtigt wird. Bedenklich aber ist es, wenn E 18, 149 das ärztliche Rezept ganz allgemein für beweiserheblich erklärt. Dagegen Weismann, Ztschr. 11, 63. Gleichgiltig ist ferner,

b) ob die Urkunde für die Entstehung oder für die Fortdauer oder für die Veränderung oder für den Übergang eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses beweiserheblich ist. So P. Merkel a. a. O. 417. Gleichgiltig ist endlich,

c) ob die Urkunde im Inland oder Auslande ausgestellt ist. Der Umstand, daß das Gesetz ausdrücklich nur die ausländische öffentliche Urkunde der inländischen gleichstellt, beweist nichts für das Gegenteil. Er erklärt sich ausreichend durch die Erwägung, daß es einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift bedurfte, um den Erklärungen ausländischer Urkundsbehörden auch im Inlande erhöhten Rechtsschutz zu gewähren.

V. Die **Handlung** setzt sich aus verschiedenen Bestandteilen zusammen, die bei vollendeter Urkundenfälschung kumulativ vorliegen müssen.

1. **Verfälschung oder fälschliche Anfertigung einer Urkunde.** Die Verfälschung setzt eine echte Urkunde voraus und besteht darin, daß diese in eine unechte umgewandelt wird. Die fälschliche Anfertigung setzt eine echte Urkunde nicht voraus und besteht darin, daß eine unechte geschaffen wird. Indessen gehen beide

Digitized by Google

Begriffe häufig ineinander über, und Binding, Grundriß 3, 195 ist wohl im Recht, wenn er die Unterscheidung für wertlos hält. Das Gemeinschaftliche und allein Wesentliche besteht darin, daß der äußere Anschein hervorgerufen wird, als habe diese Person eine Erklärung abgegeben, die sie entweder überhaupt nicht oder doch nicht an diesem Orte oder nicht zu dieser Zeit abgegeben hat. Demgemäß ist zu unterscheiden zwischen der Täuschung über die Person des Erklärenden und der Täuschung über Ort und Zeit der Erklärung.

a) Die Täuschung über die Person des Erklärenden ist in verschiedener Weise möglich.

α) Der Fälscher stellt eine urkundliche Erklärung völlig neu her und bezeichnet dabei eine andere Person als Aussteller. Am häufigsten geschieht das durch Unterzeichnung mit einem fremden Namen; erforderlich aber ist die Unterschrift nicht: es genügt, wenn sonst ersichtlich ist, wer angeblich die Erklärung ausgestellt hat. Z. B. die Urkunde beginnt mit den Worten: Ich N N erkläre usw. Oder der Schuldner trägt in das Handelsbuch seines Gläubigers eine Schuld als getilgt ein. E 4, 4. Vergl. auch E 11, 183.

β) Der Fälscher versieht eine Namensschrift unbefugt mit einer Erklärung, so daß es den Anschein gewinnt, als habe der Träger des Namens die Erklärung abgegeben. Diese sog. Blankettfälschung wird in § 269 besonders behandelt.

γ) Der Fälscher erweckt den Anschein, als rühre eine bereits vorhandene Erklärung von einer andern Person her. Er ändert z. B. die Unterschrift oder fügt eine neue hinzu.

δ) Der Fälscher ändert den Inhalt einer vorhandenen Erklärung, indem er z. B. die Wechselsumme ändert. Auch hierin liegt eine Täuschung über die Person des Erklärenden. Denn der Aussteller hat die geänderte Erklärung nicht abgegeben.

Namentlich in den unter α und γ hervorgehobenen Fällen entsteht die Frage, ob die Person, die anscheinend die Urkunde ausgestellt hat, in Wahrheit existieren muß. Sie wird mit Recht von der herrschenden Lehre und E 8, 187 verneint, so daß Urkundenfälschung auch dann vorliegen kann, wenn der angebliche Aussteller nur eine fingierte Person ist. Anderseits ist hervorzuheben, daß, wer einen Urkundentext mit einem ihm nicht gebührenden Namen unterschreibt, damit noch keineswegs zu fälschen braucht. So Binding, Grundriß 3, 197. Zunächst ist es denkbar, daß trotz Benutzung falschen Namens gar nicht der Anschein erweckt wird, als rühre die Erklärung von einer andern Person her. Z. B. es hinterlegt jemand eine Sache unter falschem Namen und quittiert demnächst unter dem gleichen Namen über die Zurückgabe. So Weismann, Ztschr. 11, 36, 38. Vergl. E 13, 145. 17, 141 (speziell S. 154). Sodann kann es sein, daß jemand die Befugnis hat, mit fremden Namen zu zeichnen. Eine solche Befugnis kann besonders durch Ermächtigung begründet werden. Man denke an den Kommis, der im Auftrage des Prinzipals unter Geschäftsbriefe den Firmastempel drückt. Quittiert der zur Annahme der Zahlung Bevollmächtigte mit dem Namen des Vollmachtgebers, so wird er wohl meist eine Ermächtigung hierzu annehmen und ev. wegen Irrtums straflos sein (s. u. VI. 1 a. E.). Wann übrigens eine solche Ermächtigung mit rechtlicher Wirkung erteilt werden kann, ist noch nicht völlig klar gelegt. Mit E 4, 69. 5. 151 wird anzunehmen sein, daß Beamte bei Ausstellung amtlicher Urkunden die Befugnis zur Namenszeichnung auf dritte Personen nicht übertragen können. Bedenklich dagegen E 16, 325. 22, 377. 26, 220. Diese Urteile erklären auch die Zustimmung von Privat-

Digitized by Google

personen zum Gebrauche ihres Namens dann für belanglos, wenn ein dritter dadurch getäuscht wird. Gegen diese Ansicht Binding, Grundriß 3, 133. — Ganz anders liegen die Dinge, wenn jemand mit seinem eignen Namen zeichnet, dabei aber fälschlicher Weise ein Verhältnis angiebt, zufolgedessen er befugt wäre, rechtlich für einen andern zu handeln. Z. B. jemand nennt sich Prokurist, ohne es zu sein. Hier ist Falschbeurkundung gegeben (s. o. I.). Diese ist als solche in dem angegebenen Falle straflos, doch kann Betrug vorliegen. Vergl. einen ähnlichen Fall E 5, 259. Wird allerdings durch einen derartigen Zusatz eine Täuschung über die Identität des Erklärenden bezweckt, so trifft wiederum der Gesichtspunkt der Urkundenfälschung zu. Z. B. eine unverheiratete Person bezeichnet sich als Ehefrau E 30, 43. Vergl. hierzu ob. III 4. — Eine Befugnis zur Änderung der Urkunde schließt selbstverständlich den Begriff der Urkundenfälschung nicht minder aus als die Befugnis, mit fremden Namen zu zeichnen. Bei öffentlichen Urkunden wird man eine Privatperson niemals als zur Änderung befugt ansehen dürfen, selbst dann nicht, wenn die Urkunde (z. B. als gerichtliches Protokoll) objektiv falsch berichtet oder im Eigentum dessen steht, der die Änderung vornimmt. Übereinstimmend in letzterer Beziehung E 34, 114, vergl. aber auch hier u. VI 1 a. E. Über unzulässige Änderung von Vertragsurkunden s. E 34, 50.

b) Täuschung über Ort oder Zeit der abgegebenen Erklärung. Der Fälscher erweckt den Anschein, als sei die Erklärung zu einer andern Zeit oder an einem andern Orte abgegeben worden. Vorausgesetzt wird also eine bereits vorliegende Urkunde, und die Täuschung erfolgt regelmäßig dadurch, daß der Fälscher das datum loci vel temporis ändert. Unbedingt nötig aber ist das nicht. Hat nämlich der Fälscher die Urkunde selbst ausgestellt, so kann er durch Änderung des Inhalts der Erklärung den Anschein hervorrufen, als habe er die Erklärung früher abgegeben. Z. B. der Gläubiger verringert den Betrag auf der dem Schuldner eingehändigten Quittung, die ihm der Zufall nachträglich wieder in die Hände gespielt hat. Ebenso würde es Urkundenfälschung sein, wenn ein Kaufmann seine Handelsbücher (deren Urkundenqualität vorausgesetzt) nachträglich in entsprechendem Sinne verändert. Übereinstimmend Binding, Grundriß 3, 204, Hälschner 2, 542, Merkel in Holtzend. Hdb., 3, 793 und (obwohl bedenklich) auch Olsh. 29. A. A. Meyer 711, Oppenh.-Del. 138, E 5, 430, R 8, 570, 405 (meist wegen des Eigentums des Thäters).

Nicht unter den Begriff der Urkundenfälschung fallen: die Falschbeurkung (s. o. I.) — die durch Zwang oder Täuschung bewirkte Ausstellung einer Urkunde (mit Einschluß des Falls, daß jemand eine andere Urkunde unterschreibt, als er zu unterschreiben glaubte) und das widerrechtliche Inverkehrsetzen einer echten Urkunde.

Über Grenzfälle von Urkundenfälschung und Urkundenvernichtung s. § 274.

2. **Gebrauchmachen von der verfälschten oder fälschlich angefertigten Urkunde zum Zweck der Täuschung.**

a) Schon der Begriff des Gebrauchmachens ist sehr bestritten. Für seine Auslegung ist die historische Entwicklung von Bedeutung. Im römischen und mittelalterlich-italienischen Rechte wurde der Augenblick der Vollendung auf die Herstellung der falschen oder Verfälschung der echten Urkunde gelegt. Nach dem Vorgange Damhouders und Carpzovs aber wurde im gemeinen Recht vielfach die Ansicht vertreten, daß zur Vollendung der Eintritt eines Schadens gehöre. Diese Meinung tritt aber im 19. Jahrhundert völlig zurück und wird wiederum durch die mittelalterlich-italienische ersetzt. So bes. Feuerbach. Eine media opinio (Henke, Mittermaier, Heffter) verlangt

Digitized by Google

dagegen zur Vollendung das Gebrauchmachen. Ihre Vertreter berufen sich überwiegend darauf, daß die Fälschung selbst noch keine Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsgutes enthalte. Diese Ansicht ist, wie schon in mehreren Partikularrechten, so auch im RStGB zum Siege gelangt. (S. über diese Entwicklung Hugo Meyer, GS 47, 106 ff.) Erkennt man als den inneren Grund des Erfordernisses den soeben mitgeteilten an, so folgt, daß ein Gebrauchmachen vorliegt, sobald der zu täuschenden Person die Urkunde zugänglich gemacht, ihr die Möglichkeit der Kenntnisnahme gewährt ist. (Ähnlich Binding, Grundriß 3, 215, der aber außerdem Aufforderung zur Kenntnisnahme verlangt.) Denn von diesem Augenblick an kann man von einer Gefährdung sprechen. Es genügt also nicht, wenn sich der Fälscher nur auf die in seinem Besitze befindliche Urkunde beruft oder sich zu ihrer Vorlegung bereit erklärt (R 8, 319), selbst nicht, wenn er eine einfache Abschrift als solche vorlegt, E 16, 228. A. A. Meyer, GS 47, 98. Dagegen ist das Delikt vollendet, sobald der Thäter dem andern die Urkunde in verschlossenem Kouvert übersandt hat, selbst vor der Eröffnung, oder wenn durch Vorlesen die Kenntnisnahme ermöglicht wird (E 15, 110). Die bloße Aufgabe zur Post genügt noch nicht. Wirkliche Kenntnisnahme kann demnach nicht gefordert werden. Übereinstimmend die herrschende Lehre. A. A. Meyer, GS 47, 95, v. Liszt § 161, welcher Kenntnisnahme durch den Gesichtssinn verlangt. Dann könnte aber gegenüber einem Blinden keine Urkundenfälschung begangen werden. Wenn E 14, 242 ein Gebrauchmachen schon in dem Antrage auf Herbeischaffung der Strafakten sieht, in denen sich die gefälschte Urkunde befindet, so kann dem nicht beigetreten werden. Dagegen auch Binding, Grundriß 3, 216.

b) Die Frage, wem gegenüber der Fälscher von der Urkunde Gebrauch machen muß, beantwortet sich aus dem u. VI 3 Gesagten dahin, daß es eine solche Person sein muß, die der Thäter durch den gedanklichen Inhalt der Urkunde zu einer rechtserheblichen Handlung veranlassen will. Trifft dies zu, so steht der Umstand, daß es dem Thäter in letzter Instanz auf die Täuschung einer andern Person ankommt, und daß die erste nur die Täuschung weitergeben soll, der Vollendung des Delikts nicht entgegen; z. B. es werden einem Rechtsanwalt gefälschte Wechsel zum Zwecke der Einklagung übersandt. E 5, 437. A. A. Weismann, Ztschr. 11, 70. — Wenn dagegen die Mittelsperson nicht getäuscht, sondern nur als Bote zur Überbringung der Urkunde benutzt werden soll, so tritt die Vollendung erst ein, sobald sie der andern die Urkunde zugänglich macht. Etwas abweichend findet Weismann a. a. O. 75 schon in der Übergabe der Urkunde an den Boten die Vollendung, wenn dieser ein Bote des zu Täuschenden ist. — Wiederum anders liegt die Sache, wenn die Mittelsperson in die Täuschung eingeweiht wird und im Einverständnisse mit dem Fälscher einen dritten täuschen soll. Die Vollendung tritt in diesem Falle erst ein, sobald die Mittelsperson gegenüber der andern von der Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch macht. Geschieht dies, so sind Fälscher und Mittelsperson als Mitthäter strafbar. Ebenso R 4, 248. 8, 481. Im wesentlichen übereinstimmend auch Meyer 714, GS. 47, 98, Olsh. 49. Der von diesen Schriftstellern wenigstens unter Umständen für zulässig erachtete Rückgriff auf § 270 ist indessen ausgeschlossen. S. § 270.

c) Über den „Zweck der Täuschung" s. unten VI 2.

Mehrere Akte des Gebrauchmachens stellen immer nur ein Gebrauchen dar. So Binding, Grundriß 3, 217, Merkel in Holtzend. Handb. 3, 798. Dagegen wollen Olsh. 50, Oppenh.-Del. 32 und E 3, 311 auf die spätern Akte § 270 anwenden also Realkonkurrenz zulassen.

Digitized by Google

VI. Das **Verschulden** setzt sich aus verschiedenen Momenten zusammen:

1. Zunächst findet die Regel des § 59 auch hier Anwendung, d. h. der Thäter muß alle Thatbestandsmomente kennen. Daraus darf jedoch nicht gefolgert werden, daß er das Objekt der Fälschung rechtlich gerade als Urkunde qualifizieren müsse (so jedoch v. Liszt § 39 und anscheinend auch Meyer 712; vergl. oben § 59), vielmehr genügt es, wenn der Thäter diejenigen Umstände kennt, auf Grund deren juristisch der Schluß geboten ist, daß das gefälschte Objekt eine Urkunde, und zwar je nach den Umständen eine öffentliche oder eine zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erhebliche Privaturkunde sei. — Auch insofern findet lediglich § 59 Anwendung, als die Annahme, zur Ausstellung der Urkunde unter anderem Namen oder zur Abänderung derselben zivil- oder öffentlichrechtlich befugt zu sein, den Vorsatz ausschließt. Ebenso E 34 50. Vergl. § 59 I a. E.
2. Sodann fordert das Gesetz, daß speziell das Gebrauchmachen **zum Zwecke der Täuschung** erfolge. Besteht das Wesen der Urkunde darin, daß sie eine Erklärung, und das der Erklärung darin, daß sie eine Gedankenäußerung ist, so muß die Täuschung gerade darauf gerichtet sein, über den gedanklichen Inhalt der Urkunde zu täuschen, d. h. die Meinung hervorzurufen, daß diese Erklärung von dieser Person (an diesem Orte und zu dieser Zeit) abgegeben worden sei. Es fehlt also an dem Zwecke der Täuschung in dem hier maßgebenden Sinne, wenn der Thäter nur über das Alter der Urkunde oder über ihren Verkaufswert als Rarität täuschen wollte. Dies wird allgemein anerkannt. S. u. 3e. Anderseits liegt Täuschungsabsicht auch dann vor, wenn durch das Gebrauchmachen von der Urkunde nur ein über den Inhalt der Erklärung bereits vorhandener Irrtum unterhalten werden soll. Auch ist es nicht erforderlich, daß der andere gerade über das in der Urkunde verbriefte Rechtsverhältnis getäuscht werden soll. E 19, 113. S. auch u. 3d.
3. Offenbar ist in der Verfolgung der Täuschungsabsicht und selbst in ihrer Verwirklichung noch kein Eingriff in eine fremde Rechtssphäre zu finden. Deshalb verlangt das Gesetz außerdem eine **rechtswidrige Absicht**. Wie zu § 59 IV ausgeführt wurde, bezeichnet Absicht einen erstrebten Erfolg, der vermittels des objektiven Thatbestandes verwirklicht werden soll. Hier gestaltet sich das Verhältnis in der Art, daß der Thäter durch den Gebrauch eine Täuschung und durch diese noch etwas weiteres erstreben muß. Nun ist sicher, daß man durch eine Täuschung nur dann etwas erstreben kann, wenn der Getäuschte unter dem Einflusse der Täuschung ein bestimmtes Verhalten einschlagen soll. Dieses Verhalten braucht, wie sich aus einer vergleichenden Heranziehung des § 268 ergiebt, nicht die Verletzung eines fremden Rechtes oder Rechtsguts zu bewirken. Es genügt vielmehr, wenn sein Erfolg ein irgendwie rechtlich erheblicher wäre. Rechtswidrige Absicht ist mithin die Absicht, die getäuschte Person durch die Täuschung über den gedanklichen Inhalt der Urkunde zu einem rechtserheblichen Verhalten zu veranlassen. Hiermit stimmt die herrschende Lehre zwar nicht der Form, wohl aber der Sache nach überein, indem sie in der rechtswidrigen Absicht die Absicht sieht, im Rechtsleben Beweis zu erbringen. S. bes. Weismann, Ztschr. 11, 47 ff., Olsh. 46, E 9, 399. Binding, Grundriß 3, 210 ist geneigt, das ganze Erfordernis der rechtswidrigen Absicht für überflüssig zu erklären. Aber gerade er steht auf dem Boden der hier vertretenen Auffassung, weil er a. a. O. 206 die Absicht, den Getäuschten zu einer rechtserheblichen Handlung zu veranlassen, schon aus dem „Zwecke der Täuschung" herauslieſt. — Aus dem Gesagten ergiebt sich für eine Reihe von Einzelfragen folgendes:
   a) Will der Thäter den Getäuschten nicht zu einem rechtserheblichen Handeln bestimmen, so liegt keine Urkundenfälschung vor. Z. B. ein Student hängt

Digitized by Google

gefälschte Quittungen über Schneiderrechnungen an den Christbaum, um seinem Vater eine Freude zu bereiten. Oder es fälscht jemand ein historisches Dokument, um das politische Leben zu beeinflussen, oder um sich den Ruhm des Entdeckers zu verschaffen. — Diese Erwägungen sind auch dann von Bedeutung, wenn die Urkunde eine Deliktsurkunde ist, d. h. wenn durch sie der Thatbestand eines Delikts, z. B. einer Beleidigung, erfüllt wird. Wer unter einem falschen Namen einen beleidigenden Brief schreibt, begeht nur dann eine Urkundenfälschung, wenn er den Getäuschten dadurch zu einer rechtlich erheblichen Handlung, z. B. zu einem Strafantrage oder zu einer Kündigung veranlassen wollte. Übereinstimmend E 8, 187 (S. 195 a. E.). Dagegen nehmen Weismann, Ztschr. 11, 80 und E 32, 56 stets Urkundenfälschung an, ohne daß übrigens das RG in diesem Urteil auf das gesetzliche Erfordernis der rechtswidrigen Absicht überhaupt einginge. Vergl. über die Frage auch Binding, Grundriß 3, 206 und E 7, 47.

b) Unerheblich ist, ob der Erfolg der Handlung, zu welcher der Getäuschte veranlaßt werden soll, selbst ein rechtswidriger ist oder nicht. Wer dem Gläubiger oder dem Richter eine gefälschte Quittung über eine bezahlte Schuld vorlegt, begeht Urkundenfälschung. E 17, 200. 21, 69. A. A. in einem ähnlichen Falle, aber vereinzelt, E 24, 210.

c) Daß der Getäuschte an dem in der Urkunde verbrieften Rechtsverhältnisse beteiligt sei, kann nicht gefordert werden. Die rechtswidrige Absicht liegt z. B. auch dann vor, wenn jemand einen Hypothekenbrief, in dem er selbst als Gläubiger erscheint, nur deshalb fälscht, um einen dritten zum Kreditieren zu veranlassen. So die herrschende Lehre, auch E 7, 52. 8, 187. A. A. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 796.

d) Man wird auch nicht verlangen dürfen, daß der Getäuschte nach der Absicht des Thäters gerade durch das in der Urkunde verbriefte Rechtsverhältnis zu einem bestimmten Verhalten veranlaßt werden soll. Es genügt vielmehr, wenn er die Beeinflussung durch einen andern Teil des gedanklichen Inhalts beabsichtigt. Deshalb ist es Urkundenfälschung, wenn jemand auf einer stempelpflichtigen Urkunde nur das Datum ändert und die so geänderte Urkunde der Stempelbehörde präsentiert, um den Anschein der spätern Ausstellung hervorzurufen und der Strafe wegen Stempelhinterziehung zu entgehen. So die herrschende Lehre. Vergl. bes. Meyer, GS 47, 86 ff., R 7, 86. E 3, 337. 32, 56.

e) Soll dagegen der Getäuschte nicht durch den gedanklichen Inhalt der Urkunde, sondern nur durch ihr Alter oder ihre äußere Beschaffenheit zum Handeln veranlaßt werden, so kann von Urkundenfälschung keine Rede sein. Vergl. o. 2.

VII. Einer gesonderten Behandlung bedarf die Frage der **Depeschenfälschung**. Man kann nicht mit Dambach, Das Telegraphenstrafrecht (1897) 110 behaupten, daß der Absender von der falschen Depesche gegenüber dem Telegraphenbeamten zum Zwecke der Täuschung Gebrauch mache. Denn für diesen ist der gedankliche Inhalt der Depesche völlig gleichgiltig. Das Gebrauchmachen erfolgt vielmehr erst dadurch, daß das Ankunftstelegramm dem Adressaten eingehändigt wird. Dabei erscheinen die Beamten und Boten lediglich als Werkzeuge in der Hand des Absenders. Sieht man das Ankunftstelegramm als eine Abschrift des Aufgabetelegramms an, so gelangt man vermöge des oben III 2 aufgestellten Grundsatzes zur Verneinung der Urkundenfälschung. So bes. v. Liszt § 161. In der That aber greift hier die a. a. O. unter b erwähnte Ausnahme platz, wie nach BGB § 127 nicht zu bezweifeln ist. So auch Binding, Grundriß 3, 217 ff. (gegen die früher Normen [2. Aufl.] 1, 206. 207 vertretene Auffassung), P. Merkel, a. a. O. 261. und Olsh. 41. Auch das RG nimmt Urkundenfälschung an. E 8, 92. Zu dem gleichen Ergebnisse gelangt man, wenn

Digitized by Google

man mit Meyer, GS 47, 105, Goldschmit, GS 55, 203 ff. das Aufgabetelegramm als Konzept des von dem Beamten der Empfangsstation im Auftrage des Absenders hergestellten Originaltelegramms ansieht. Mit Unrecht weist Binding, Grundriß S. 220 diese Auffassung zurück. Vergl. über die Frage noch Meili, Fälschung einer telegraphischen Depesche (1879), Weismann, Ztschr. 11, 31, Lenz, Die Fälschungsverbrechen (1897) 115 ff. 183 ff. Fälschung einer Depesche ohne Mitwirkung des Telegraphen (durch Beschreibung des Formulars) ist natürlich ebenfalls denkbar. Wird die Handlung von einem Telegraphenbeamten begangen, so nimmt E 30, 238 Falschbeurkundung (§ 348) an; denn es werde bekundet, daß eine Depesche gewissen Inhalts zu einer gewissen Zeit eingetroffen sei. Konsequenterweise läge hiernach, falls ein Nichtbeamter die Handlung begeht, Fälschung einer öffentlichen Urkunde vor. Dagegen betont mit Recht Binding, Grundriß S. 217 ff. daß gemäß Telegraphenordnung § 22 das Telegraphenamt jede Verantwortlichkeit für die Richtigkeit des Telegramms ablehne, also durch die Ausfertigung dasselbe nicht beurkunde. Auch gegen die Auffassung der amtlichen Notizen als öffentlicher Urkunden wendet sich Binding a. a. O. 222.

VIII. Die **Vollendung** der Urkundenfälschung tritt mit dem Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung ein. S. o. V 2. VI 2. Es ist weder erforderlich, daß die rechtswidrige Absicht verwirklicht, noch auch daß der andere wirklich getäuscht werde. Der Versuch der einfachen Urkundenfälschung ist straflos. Vergl. § 268.

IX. Selbst wenn man annimmt, daß Münzen als Urkunden anzusehen sind, so ist doch **Idealkonkurrenz** zwischen Urkundenfälschung und Münzfälschung deshalb ausgeschlossen, weil alsdann die Gesetzesstellen, welche die letztere behandeln, als leges speciales gegenüber § 267 erscheinen. S. o. III 3 a. E. Dasselbe gilt auch bzgl. der §§ 275. 277, des Gesetzes zum Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. 5 1894, HGB's § 316, Invalidenversicherungsgesetzes § 184 (E 32, 116). Übereinstimmend jetzt auch Olsh. 51. — Einen weiteren Spezialfall s. § 363. — Über das Verhältnis der Urkundenfälschung z. Betruge s. § 268.

§ 268.

Eine Urkundenfälschung, welche in der Absicht begangen wird, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, wird bestraft, wenn

1. die Urkunde eine Privaturkunde ist, mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann;
2. die Urkunde eine öffentliche ist, mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren, neben welchem auf Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu sechstausend Mark erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein, welche bei der Fälschung einer Privaturkunde nicht unter Einer Woche, bei der Fälschung einer öffentlichen Urkunde nicht unter drei Monaten betragen soll. Neben der Gefängnisstrafe kann zugleich auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden.

I. Die **schwere Urkundenfälschung** fordert zunächst, daß der Thatbestand der einfachen (§ 267) sowohl nach der objektiven wie nach der subjektiven Seite hin voll-

Digitized by Google

ständig gegeben ist. Der Strafschärfungsgrund liegt in der eigentümlichen Gestaltung, in der die rechtswidrige Absicht auftritt. Berner 601. Diese kann sein:

1. die Absicht, sich oder einem andern einen Vermögensvorteil zu verschaffen. — Ob der Vermögensvorteil rechtswidrig sein muß wie beim Betruge, oder ob auch der nichtrechtswidrige genügt, ist bestritten. Die herrschende Lehre und das RG sind letzterer Ansicht. S. v. Liszt § 161, Olsh. 1, E 1, 186. 2, 42. 11, 155. 21, 69. 27, 300. 31, 286. 34, 243. Dagegen Binding 1, 464, Grundriß 3, 226, Hälschner 2, 550, Merkel in Holtzend. Hdb. 3, 799. Der Wortlaut spricht für die herrschende Lehre, innere Gründe aber stehen ihr entgegen. Erstrebt der Fälscher einen Vorteil, auf den er einen Rechtsanspruch hat, so ist nicht abzusehen, wieso dieses Streben als Straffschärfungsgrund sollte verwertet werden können. Vergl. Merkel a. a. O. (Bemerkenswert ist, daß nach Binding, Grundriß a. a. O. in diesem Falle garnicht von einem Vorteil geredet werden kann.) Dieselbe Erwägung greift aber auch dann platz, wenn das Recht dem erreichten Vorteil seinen Schutz gewähren würde. Deshalb ist Rechtswidrigkeit des erstrebten Vermögensvorteils in dem gleichen Sinne zu verstehen wie bei den §§ 253. 263 und in subjektiver Beziehung namentlich das Bewußtsein der mangelnden Rechtsbeständigkeit zu verlangen. — Die neuere Rechtsprechung des RG's hat schon dem Begriffe des Vermögensvorteils eine sehr weite Ausdehnung gegeben. So soll es nach E 27, 300 genügen, wenn sich jemand einer vermeintlichen Zahlungspflicht zu entziehen sucht (dagegen außer Binding a. a. O. auch Olsh. 2); nach E 31, 286 stellt schon prozessualer Vorteil einen Vermögensvorteil dar; nach E 33, 333 gilt das Gleiche von der Abwendung eines nur vermeintlich drohenden Vermögensschadens. Deshalb wendet das letztere Urteil die vorliegende Stelle auf den Fall an, daß jemand das Datum einer vermeintlich stempelpflichtigen Urkunde fälscht, um der Strafe wegen Stempelhinterziehung zu entgehen. Gegen die Anwendbarkeit der vorliegenden Stelle, wenn der Fälscher eine Strafe von sich abwenden will, bezieht sich Binding a. a. O. darauf, daß doch die Straflosigkeit der Selbstbegünstigung anerkannten Rechtes ist. — Absicht ist wie sonst im Sinne des durch die Handlung erstrebten Erfolges zu nehmen. Nach Olsh. 2 und E 18, 145 genügt es, wenn ein dritter dem Thäter für die Fälschung einen Lohn zusagt oder gewährt. Dagegen Binding, Grundriß 3, 229.
2. Absicht, einem andern Schaden zuzufügen. — Hier ist es bestritten, ob der Schaden ein vermögensrechtlicher sein müsse oder nicht. Die herrschende Lehre verneint. Berner 601, Binding, Grundriß 3, 228, v. Liszt § 161, Meyer 712, Oppenh.-Del. 5, Rüd.-Stengl. 6, E 8, 187, RG im Arch. 40, 324 (es genüge sogar die Absicht, die gerechte Bestrafung eines andern zu veranlassen) und E 33, 137 (Absicht, einen andern dem Spott preiszugeben). Dagegen mit Recht Merkel in Holtzend. Handbuch 3, 800, Hälschner 2, 552, Olsh. 3. Denn wie der letztere hervorhebt, entspricht dem über den Begriff des Vermögensrechtlichen hinausgehende „Vorteil" auf der andern Seite der „Nachteil" (§ 274).

Es ist klar, daß nach der Rechtsprechung des RG's für das Gebiet der einfachen Urkundenfälschung fast nichts mehr übrig bleibt, und eben dieser Umstand spricht gegen sie.

II. Der **Versuch** der schweren Urkundenfälschung ist strafbar. Fraglich aber ist es, wann der strafbare Versuch beginnt. Die Entscheidung ist davon abhängig, ob man die Verfälschung oder fälschliche Anfertigung der Urkunde nur als Vorbereitungs- oder als Ausführungshandlungen betrachtet. Sind sie nur Vorbereitungshandlungen, so beginnt die Strafbarkeit erst, wenn mit dem Gebrauchmachen, sind sie Ausführungshandlungen, wenn mit der Herstellung des Falsifikates begonnen wird. Für die letztere, herrschende Ansicht spricht namentlich der Wortlaut des § 267. Hätte der Gesetzgeber die Verfälschung oder fälschliche Anfertigung nur als Vorbereitungshandlung gedacht, so würde die Stelle lauten: „Wer in rechtswidriger Absicht von einer Ur-

Digitized by Google

kunde, die er in gleicher Absicht verfälscht oder fälschlich angefertigt hat, zum Zwecke der Täuschung Gebrauch macht, wird usw. bestraft." Vergl. § 43 III 2. Es kommt ferner in Betracht, daß verschiedene frühere und daß ausländische Gesetzgebungen mit der Verfälschung oder fälschlichen Anfertigung das Delikt schon vollendet sein lassen. Anderseits könnte man einwenden, daß, solange der Thäter von der Urkunde nicht Gebrauch gemacht hat, sie sein Internum sei und seine Thätigkeit auf einer Stufe stehe mit dem Falle, daß ein beleidigender Brief nur geschrieben, aber noch nicht abgesendet wird. Dieser Vergleich hinkt aber. Denn die schädigende Wirkung einer gefälschten Urkunde kann auch durch einen gutgläubigen dritten herbeigeführt werden, während dies nicht oder doch nicht in dem gleichen Maße bei dem beleidigenden Brief zu befürchten ist. Z. B. der Konkursverwalter findet in den Papieren des flüchtigen Schuldners eine gefälschte Quittung vor. Im Ergebnis wesentlich übereinstimmend Merkel 122, v. Liszt § 161, Olsh. 7, Binding, Grundriß 3, 211, auch E 16, 133. Nach Hälschner 2, 553 sollen die Umstände des Falles entscheiden, ob in der Verfälschung usw. nur straflose Vorbereitungshandlung oder schon Versuch vorliege. Vergl. auch E 7, 54. Dagegen liegt nach Baumgarten, Lehre vom Versuch (1888) 413, Kohler, Studien 1, 18 strafbarer Versuch erst dann vor, wenn mit dem Gebrauchmachen begonnen wird. — Daß auch vom Standpunkte der hier vertretenen Ansicht aus die rechtswidrige Absicht bereits bei der Herstellung des Falsifikats vorhanden sein muß, ist selbstverständlich.

III. **Idealkonkurrenz** der schweren Urkundenfälschung ist namentlich mit Betrug möglich. Zwischen beiden Delikten besteht nicht das Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz. Daß nicht durch jeden Betrug Urkundenfälschung begangen wird, ist selbstverständlich. Anderseits aber wird auch nicht durch jede schwere Urkundenfälschung Betrug begangen. Denn dieser erfordert in dem Eintritte der Vermögensbeschädigung ein gänzlich außerhalb des Thatbestandes der Urkundenfälschung liegendes Moment. So die herrschende Lehre. E 1, 111 (mit der zutreffenden Ausführung, daß bei einem mittels der gefälschten Urkunde begangenen Betruge nicht Real-, sondern Idealkonkurrenz vorliege), 3, 169. A. A. Hälschner 2, 554. Merkel in Holzend. Handb. 3, 801. Über die praktische Konsequenz s. § 73 V. — Dagegen ist allerdings mit Rommel, Der Betrug (1894) 166 ff. gegen E 2, 42 daran festzuhalten, daß Betrugs versuch nicht mit schwerer Urkundenfälschung konkurrieren kann. In diesem Falle liegt in der That nur scheinbare (notwendige) Konkurrenz vor. — Spezialfälle s. § 267 IX.

§ 269.

Der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde wird es gleich geachtet, wenn Jemand einem mit der Unterschrift eines Anderen versehenen Papiere ohne dessen Willen oder dessen Anordnungen zuwider durch Ausfüllung einen urkundlichen Inhalt giebt.

I. Die sogenannte **Blankettfälschung** wird zur Vermeidung von Zweifeln der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde ausdrücklich gleichgestellt. Bei der hier vertretenen Auffassung vom Wesen der fälschlichen Anfertigung (§ 267 V 1) ist die Stelle überflüssig. So auch Weismann, Ztschr. 11, 35, Binding, Grundriß 3, 201.

II. Voraussetzung der Blankettfälschung ist das Vorhandensein eines mit der **Unterschrift eines andern versehenen Papiers.** Daß Unterschrift hier nicht im strengsten Sinne genommen werden kann, ist selbstverständlich. Denn das Gesetz hat als Normalfall gerade den im Auge, daß das Papier nur den Namen eines andern trägt. Unterschrift ist daher gleichbedeutend mit Namensschrift. Beglaubigte Handzeichen ersetzen die Namensschrift hier wie sonst. Die Frage, ob Blankettfälschung auch dann vorliegen kann, wenn das Papier schon vor der Deliktshandlung einen urkund-

Digitized by Google

lichen Inhalt hatte, ist müßig, da jedenfalls bei Erweiterung dieses Inhalts Urkundenfälschung im Sinne des § 267 gegeben ist und § 269 nur eine authentische Interpretation dieser Stelle enthält. E 15, 67. Vergl. auch E 26, 138. — Die Gleichstellung des Pergaments mit Papier unterliegt keinem Bedenken. — Der Umstand, daß das Papier die Unterschrift des Thäters selbst enthält, steht dem Begriffe der Blankettfälschung nicht schlechthin entgegen. Hatte nämlich der Thäter, als er die Unterschrift auf das Papier setzte, das Recht, für eine andere Person mit rechtlicher Wirkung für diese zu zeichnen, so machte er sich der Blankettfälschung schuldig, wenn er nach Wegfall dieser Berechtigung den urkundlichen Inhalt einfügt. E 15, 67.

III. Die **Handlung** setzt sich aus verschiedenen Akten zusammen:

1. Es muß dem Papiere durch Ausfüllung ein urkundlicher Inhalt gegeben werden, d. h. es muß nunmehr dem äußern Anscheine nach eine öffentliche oder eine zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erhebliche Privaturkunde im Sinne des § 267 vorliegen. Wie dies bewirkt wird, ist gleichgiltig. Erforderlich ist nur, daß die urkundliche Erklärung als eine solche derjenigen Person erscheint, deren Namensschrift das Papier ursprünglich trug. Dazu gehört aber nicht notwendig, daß die Namensschrift nunmehr als Unterschrift erscheine.

   Die Ausfüllung muß ohne den Willen oder gegen die Anordnungen derjenigen Person erfolgen, deren Namensschrift das Papier trägt. Das Gesetz bestraft demnach auch den sogenannten **Blankettmißbrauch**, d. h. den Fall, daß die gewährte Befugnis, dem Papiere einen urkundlichen Inhalt zu geben, mißbraucht wird. Z. B.: es wird bei einem in blanco akzeptierten Wechsel die Wechselsumme in vertragswidriger Weise erhöht.
2. Von der Urkunde muß in derselben Weise Gebrauch gemacht werden wie in dem Normalfalle des § 267.

IV. Der **Vorsatz** umfaßt außer den zu § 267 hervorgehobenen Momenten das Bewußtsein, ohne den Willen oder gegen die Anordnungen derjenigen Person zu handeln, von welcher die Namensschrift herrührt.

§ 270.

Der Urkundenfälschung wird es gleich geachtet, wenn Jemand von einer falschen oder verfälschten Urkunde, wissend, daß sie falsch oder verfälscht ist, zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht.

I. **Anwendungsgebiet der Stelle.** — Wird eine Urkundenfälschung in der Art begangen, daß von zwei Personen, welche einverständlich und beide in rechtswidriger Absicht handeln, die eine fälscht und die andere von der gefälschten Urkunde zum Zwecke der Täuschung Gebrauch macht, so liegt gemäß § 47 Mitthäterschaft vor. Die Anwendung der vorliegenden Stelle auf diesen Fall würde zwar das praktische Ergebnis nicht beeinflussen, immerhin aber eine Trübung des gesetzgeberischen Gedankens bedeuten. Das eigentliche Anwendungsgebiet des § 270 umfaßt vielmehr folgende Fälle:

1. Die fälschende und die Gebrauch machende Person sind nicht identisch, und es fehlt unter ihnen entweder an dem Einverständnisse, oder die fälschende hat nicht in rechtswidriger Absicht gehandelt.
2. Die fälschende und die Gebrauch machende Person sind identisch, es wurde aber die Fälschung ohne die rechtswidrige Absicht vorgenommen.

II. Die **Handlung** besteht in dem Gebrauchmachen in demselben Sinne wie bei § 267.

III. Zum **Dolus** gehört das Bewußtsein, daß die Urkunde ge- oder verfälscht ist; ferner muß der Thäter von ihr zum Zwecke der Täuschung Gebrauch machen und

Digitized by Google

zwar in rechtswidriger Absicht. Vergl. § 267 VI 2. Das letztere Erfordernis ist mit der herrschenden Lehre aus dem Zusammenhange der Bestimmungen zu entnehmen. E 12, 112 (Aufnahme in die Frage an die Geschworenen).

§ 271.

Wer vorsätzlich bewirkt, daß Erklärungen, Verhandlungen oder Thatsachen, welche für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sind, in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben oder geschehen beurkundet werden, während sie überhaupt nicht oder in anderer Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben oder geschehen sind, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark bestraft.

I. **Allgemeine Bedeutung der Stelle.** — Die Stelle behandelt die sog. **intellektuelle Urkundenfälschung.** Die Bezeichnung ist wenig zutreffend, weil das Delikt nicht mit der Urkundenfälschung der voraufgehenden §§, sondern mit der Falschbeurkundung des § 348 in Beziehung zu setzen ist. (Über den Unterschied von Urkundenfälschung und Falschbeurkundung s. § 267 I). Beide Stellen sollen die Beweiskraft öffentlicher Urkunden sichern, indem sie die Herstellung öffentlicher Urkunden mit unwahrem Inhalte unter Strafe stellen. Vergl. E 32, 386. § 348 hat den Fall im Auge, daß der beurkundende Beamte die Unwahrheit der beurkundeten Thatsache kennt. Wer einen Beamten bestimmt, eine Falschbeurkundung vorzunehmen, derart, daß auch der Beamte den Inhalt der urkundlichen Erklärung als falsch kennt, ist als Anstifter zu dem Delikte des § 348 zu bestrafen. Vergl. § 48 III 1 und E 13, 52. Kennt dagegen der Beamte die Unrichtigkeit der aufgenommenen Erklärung nicht, so könnte der dritte höchstens unter dem Gesichtspunkte der mittelbaren Thäterschaft zur Verantwortung gezogen werden. Aber auch dieser greift nicht durch, weil mittelbare Thäterschaft von seiten eines Nichtbeamten bei einem Beamtendelikte ausgeschlossen ist. S. Vorbem. zum 3. Abschn. des 1. Teils III 2. Die Bestrafung des dritten ist daher nur dann möglich, wenn ein del. s. gen. geschaffen wird, wie es die vorliegende Stelle thut.

II. Die **Handlung** besteht darin, daß eine materiell unrichtige Beurkundung in einer öffentlichen Urkunde, einem öffentlichen Buche oder Register bewirkt wird. Unmittelbar muß die Beurkundung stets durch die Urkundsperson vorgenommen werden. Trägt etwa der dritte (ohne ausdrückliche Genehmigung) die falsche Thatsache selbst in ein öffentliches Register ein, als rühre der Eintrag von der Urkundsperson her, so begeht er Urkundenfälschung aus § 267. Wie der Thäter die falsche Beurkundung bewirkt, ist im übrigen gleichgiltig. Namentlich braucht er nicht persönlich vor der Urkundsperson zu erscheinen. Es kann also auch eine schriftliche Mitteilung einer falschen Erklärung genügen, sofern daraufhin die Beurkundung vorgenommen wird. Ebenso gleichgiltig ist es, ob die Urkundsperson selbst oder ihr Schreibgehilfe getäuscht wird. E 13, 367. Ja, es bedarf nicht einmal unter allen Umständen einer Täuschung, nämlich dann nicht, wenn die Urkundsperson ohne Rücksicht auf ihre eigene Vorstellung vom Sachverhalt zur Beurkundung verpflichtet ist. Immer aber bleibt Anstiftung möglich.

Die Frage, inwiefern die Beurkundung im Widerspruche mit der Wahrheit stehen kann, wird von dem Wortlaute des Gesetzes sehr eingehend beantwortet. Hervorzuheben sind folgende Punkte:

1. Wird eine Erklärung als solche aufgenommen und ist sie so wie sie aufgenommen wird auch von dieser Person abgegeben worden, aber inhaltlich falsch, so fragt es sich, ob intellektuelle Urkundenfälschung vorliegt. Der Standesbeamte

Digitized by Google

protokolliert z. B. nicht die Thatsache der Geburt eines Kindes, sondern nur, daß der X erschienen sei und die Geburt des Kindes angezeigt habe. Ist auch diese Anzeige erfolgt, so kann doch das Angezeigte selbst, nämlich die erfolgte Geburt (sei es überhaupt, sei es nach Zeit und Ort), unwahr sein. In einem solchen Falle hat äußerlich betrachtet der Erklärende es nicht bewirkt, „daß eine Erklärung ..... in öffentlichen Urkunden, Büchern oder Registern als abgegeben beurkundet wurde, während sie überhaupt nicht oder in anderer Weise oder von einer Person in einer ihr nicht zustehenden Eigenschaft oder von einer anderen Person abgegeben wurde." Deshalb kann intellektuelle Urkundenfälschung nur dann angenommen werden, wenn sich aus anderweiten Vorschriften ergiebt, daß, wenn auch formell nur die Erklärung als solche, so doch materiell deren Inhalt (hier die Thatsache der Geburt) beurkundet wird. Dies trifft aber in dem mitgeteilten Falle zu, wie sich aus §§ 1. 15 des Personenstandsgesetzes ergiebt. Vergl. Frank, Ztschr. 14, 405 ff. bei Besprechung von E 22, 60. Das Gleiche gilt bezügl. des Heiratsregisters für alle Eintragungen, die es gemäß Personenstandsges. § 54 enthalten soll. E 34, 263. Dagegen sind die gerichtlichen Protokolle über die Vernehmung eines Beschuldigten nicht dazu bestimmt, dessen Identität mit demjenigen zu bekunden, der er zu sein vorgiebt. Wer sich als Beschuldigter einen falschen Namen beilegt, kann nicht deshalb wegen intellektueller Urkundenfälschung bestraft werden, weil er bewirkt hat, daß das Vernehmungsprotokoll auf den falschen Namen lautet. E 11, 126. 188. 314. A. A. Binding, Grundriß 3, 244. Die letzte dieser Entscheidungen kommt auch bei dem Strafurteile zu dem gleichen Ergebnisse. Aber mit Unrecht. Denn das Strafurteil liefert im Rechtsleben Beweis darüber, daß gegen diese Person dieses Namens diese Entscheidung gefällt worden ist — nicht etwa bloß über die Identität der verurteilten Person mit derjenigen, gegen welche sich das Verfahren richtet. Die Auffassung des RG's ist um so befremdender, als es vielfach die Angabe eines falschen Namens gegenüber dem Gefängnisaufseher deshalb für intellektuelle Urkundenfälschnng erklärt, weil dieser eine Liste über die Thatsache der Strafverbüßung unter namentlicher Bezeichnung der Sträflinge zu führen hat. S. außer E 11, 188 unten III 1. 2. Es ist in der That nicht einzusehen, weshalb einer derartigen Liste höhere und andere Beweiskraft zukommen soll als dem Strafurteile. Ebenso Binding. Grundriß 3, 244. Dem Handelsregister des alten HGB's gesteht E 18, 179 eine Beweiskraft nur bezüglich der Thatsache der abgegebenen Erklärung, nicht bezügl. ihres Inhaltes zu. A. A. für das neue Recht Staub, Kommentar z. HGB 6. u. 7. Aufl. 85 ff. Vergl. auch Ges. üb. d. freiw. Gerichtsbarkeit § 12.

2. Umgekehrt kann eine intellektuelle Urkundenfälschung auch dann vorliegen, wenn der Inhalt der Erklärung richtig ist, die Erklärung selbst aber von einer andern Person abgegeben wurde, als es nach der Beurkundung den Anschein hat. Selbst Identität der wirklich erklärenden mit der in der Urkunde als erklärend bezeichneten Person steht der intellektuellen Urkundenfälschung nicht entgegen, wenn in der Urkunde der Erklärende in einer ihm nicht zustehenden Eigenschaft auftritt. Z. B. die X giebt sich für eine Hebamme aus, ohne es zu sein, und wird in der Urkunde als solche bezeichnet.

III. **Wie sich aus dem unter I dargelegten Zwecke der Stelle ergiebt, findet sie nur Anwendung auf solche Erklärungen, Verhandlungen oder Thatsachen, hinsichtlich deren die öffentliche Urkunde usw. Beweis zu erbringen bestimmt ist.** So das RG in konstanter Rechtsprechung. Vergl. bes. E 32, 386. Olsh. 6 folgert das Gleiche aus dem Umstande, daß es sich um die Bewirkung einer Beurkundung handelt. Daher verneint E 20, 313 intellektuelle Urkundenfälschung, wenn ein öffentlicher Fleischbeschauer durch unrichtige Angaben veranlaßt wird, in dem ausgestellten Schau-

Digitized by Google

atteste den Namen und Wohnort des Besitzers des Schlachttieres falsch anzugeben. Ebensowenig liegt nach E 20, 249 das Delikt vor, wenn der Standesbeamte durch unrichtige Angaben des verheirateten Bräutigams veranlaßt wird, den letzteren in der Bekanntmachung des Aufgebots oder in dem Protokolle über Nachsuchung des Aufgebots fälschlich als ledig oder verwitwet zu bezeichnen; wohl aber, wenn der Standesbeamte veranlaßt wird, den Stand des Ehegatten falsch zu buchen; so E 32, 386. Nach E 17, 402. 22, 345 erbringen die bayr. Strafgefangenenverzeichnisse zwar Beweis darüber, daß der Verurteilte die Strafe verbüßt hat, nicht aber darüber, ob der Verurteilte und die Strafe Verbüßende den Namen zu führen berechtigt ist, unter dem er verurteilt wurde.

Darauf, ob das Recht oder Rechtsverhältnis, über welches die Urkunde Beweis zu erbringen vermag, ein privates oder öffentliches ist, kommt es nicht an.

Einträge in solche Urkunden usw., die nur für den inneramtlichen Verkehr bestimmt sind, scheiden schon deshalb aus, weil diese Urkunden keine öffentlichen sind (§ 267 IV 1 d). Deshalb hat E 14, 11 der in Württemberg vorgeschriebenen amtsgerichtlichen Gefängnisliste für Untersuchungsgefangene die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde abgesprochen; desgl. E 12, 228 dem preußischen Einwohnermelderegister. Dagegen wurden für öffentliche Register erklärt: von E 7, 373. 11, 188 das preuß. Gefangenbuch II (unter teilweise sehr bedenklicher Begründung), von E 12, 315 das preuß. Gefangenbuch I und durch E 34, 299 die in den preußischen Strafanstalten des Minist. d. Innern auf Grund des Ministerialerlasses vom 22./3 1898 eingeführten Gefangenbücher; desgl. durch E 22, 345 das bayr. Strafgefangenenverzeichnis und durch E 31, 262 das braunschweigische Kerkerregister. E 28, 332 spricht den Impfscheinen und Impflisten die Eigenschaft als öffentliche Urkunden ab. S. darüber S. 267 IV 1 a.

Was die Rechtsprechung des RG's über die Gefangenenregister betrifft, so weist Silberschmidt, Ztschr. 19, 403 ff. mit Recht darauf hin, daß die zahlreichen Unterscheidungen des RG's hinsichtlich der verschiedenen Staaten wohl nicht haltbar sind. Weiter ist aber zu betonen, daß es in den meisten Fällen dieser Art an dem erforderlichen Dolus fehlen wird, weil sich regelmäßig die betr. Person gar keine Vorstellung von der Eintragung macht. Das übersieht die Praxis ganz ungerechtfertigterweise. Vergl. jedoch R 7, 190.

IV. **Die eingetragene Erklärung, Verhandlung oder Thatsache muß für Rechte oder Rechtsverhältnisse von Erheblichkeit sein**, d. h. sie muß für sich allein oder in Verbindung mit andern Thatsachen die Entstehung, Erhaltung, Veränderung eines Rechtes oder Rechtsverhältnisses bewirken. So Olsh. 11 zu § 267. Dies trifft nach E 30, 429 auch hinsichtlich des Ortes einer Geburt zu; nicht aber hinsichtlich der Zahl des im Besitze eines Deutschen befindlichen Viehs (vergl. Olsh. 5).

V. Der **Vorsatz** besteht in dem Bewußtsein, daß zufolge der Handlung des Thäters durch eine Urkundsperson eine Erklärung, Verhandlung oder Thatsache unrichtig, aber in öffentlichen Glauben beanspruchender Weise beurkundet wird, in Verbindung mit dem Bewußtsein von der Rechtserheblichkeit dieser Erklärung usw. Eine Absicht wird nicht gefordert; d. h. der subjektive Thatbestand ist auch dann erfüllt, wenn es dem Thäter auf die Beurkundung nicht ankommt, er aber weiß, daß sie erfolgt. Dies ist nicht nur bei der Verbüßung einer Strafe für einen andern, sondern auch dann wichtig, wenn etwa anstatt der eidespflichtigen eine andere Person den Eid vor Gericht leistet (vergl. § 153 II). Es genügt sogar dolus event. E 18, 309. S. oben III a. E.

VI. Die **Vollendung** tritt mit dem Abschlusse der Beurkundung ein. Bedarf es dazu der Unterschrift der Urkundsperson, so liegt vorher nur Versuch vor, der jedoch lediglich im Falle des § 272 strafbar ist. Bedarf es der Unterschrift zum förmlichen Vollzuge der Beurkundung nicht, so tritt die Vollendung mit der Nieder-

Digitized by Google

schrift des Textes ein. Die Frage, ob auch die Unterschrift der die Beurkundung bewirkenden Person, also des Thäters, erforderlich ist, kann man nicht schlechthin mit Oppenh.-Del. 9 verneinen. Vielmehr entscheiden auch in diesem Falle die im einzelnen maßgebenden Formvorschriften. Ebenso Olsh. 10.

VII. Die **Verjährung** soll nach E 21, 288 erst mit der letzten materiell unrichtigen Beurkundung zu laufen beginnen. Dies ist eine Konsequenz der zu § 67 II bekämpften Ansicht.

VIII. **Idealkonkurrenz** ist namentlich möglich mit Unterdrückung des Personenstandes und Betrug (vergl. § 272), aber auch mit Urkundenfälschung aus § 267, nämlich dann, wenn die falsche Beurkundung durch eine gefälschte schriftliche Erklärung herbeigeführt wurde. — Eine Spezialvorschrift s. Seemannsordnung § 107 Nr. 1.

§ 272.

Wer die vorbezeichnete Handlung in der Absicht begeht, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu sechstausend Mark erkannt werden kann.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein, neben welcher auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann.

I. Vergl. die Bemerkungen zu § 268.

II. Der Versuch beginnt mit der Einwirkung auf die Urkundsperson. Daß diese mit der Beurkundung schon angefangen habe, kann nicht gefordert werden.

§ 273.

Wer wissentlich von einer falschen Beurkundung der im § 271 bezeichneten Art zum Zwecke einer Täuschung Gebrauch macht, wird nach Vorschrift jenes Paragraphen und, wenn die Absicht dahin gerichtet war, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, nach Vorschrift des § 272 bestraft.

Die Stelle steht zu § 271 in demselben Verhältnisse wie § 270 zu § 267. Sie hat Fälle im Auge, bei denen die falsche Beurkundung nicht oder wenigstens nicht doloser Weise durch den Thäter bewirkt worden ist, dieser aber von ihr zum Zwecke der Täuschung Gebrauch macht (vergl. § 267 V 2), obwohl er ihre Unrichtigkeit kennt. Dabei ist es gleichgiltig, ob die falsche Beurkundung durch einen dritten gemäß § 271 bewirkt worden ist, oder auf einem unbeeinflußten Irrtum der Urkundsperson beruht (R 2, 300), oder endlich von dieser doloser Weise (§ 348) vorgenommen worden ist. So die herrschende Lehre. S. bes. Binding, Grundriß 3, 252. Ist aber die falsche Beurkundung im Wege der intellektuellen Urkundenfälschung zu stande gekommen, so kann deren Thäter nicht auf Grund der vorliegenden Stelle besonders bestraft werden, falls er von der falschen Beurkundung zum Zwecke der Täuschung Gebrauch macht. Dies muß mit der herrschenden Lehre gegen Rüd.-Stengl. 12 wegen des oben hervorgehobenen logischen Verhältnisses der §§ 271 und 273 als richtig angesehen werden. Zutreffend bezeichnet daher Binding, Grundriß 3, 252 die vorliegende Stelle als subsidiär gegenüber § 271. Dagegen will Olsh. 2 wenigstens unter Umständen Realkonkurrenz zulassen.

Digitized by Google

§ 274.

Mit Gefängnis, neben welchem auf Geldstrafe bis zu dreitausend Mark erkannt werden kann, wird bestraft, wer

1. eine Urkunde, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, in der Absicht, einem Anderen Nachteile zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt, oder
2. einen Grenzstein oder ein anderes zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal in der Absicht, einem Anderen Nachteil zuzufügen, wegnimmt, vernichtet, unkenntlich macht, verrückt oder fälschlich setzt.

I. **Zu Nr. 1** (sogenannte **Urkundenbeseitigung** oder **Urkundenunterdrückung**).

1. **Objekt** der Handlung ist eine Urkunde, die dem Thäter entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört. Über den Begriff der Urkunde s. § 267. Ist die Urkunde eine Privaturkunde, so braucht sie nicht zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit zu sein. — *Die Urkunde gehört dem Thäter nicht ausschließlich*, wenn sie im Miteigentum eines andern steht. So Hälschner **2**, 560, Merkel in Holtzend. Handb. **3**, 807, v. Liszt § 163. Nach Olsh. 2 und Rüd.-Stengl. 5 soll ein dingliches Recht eines andern genügen. Olsh. nimmt sogar an, daß eine Urkunde schon dann nicht mehr jemanden ausschließlich gehört, wenn ein anderer einen Editionsanspruch darauf hat. Mit der *hier* vertretenen Ansicht übereinstimmend E **33**, 288.
2. Die **Handlung** kann bestehen:
   a) in dem *Vernichten* oder *Beschädigen* der Urkunde. Das eine oder das andere liegt vor, je nachdem der gedankliche Inhalt der Erklärung entweder garnicht mehr oder nicht mehr mit derselben Deutlichkeit wie vorher zu erkennen ist. Unter den letzteren Fall gehört namentlich die Minderung der Beweiskraft durch Radierungen, Durchstreichungen und dergl. E **10**, 43. R **2**, 135. **8**, 722. Eine Beschädigung des Körpers der Urkunde ist nur dann nach § 274 zu bestrafen, wenn etwa die für öffentliche Urkunden vorgeschriebene Form dadurch beseitigt wird. Vernichtung und Beschädigung berühren sich zuweilen mit der Fälschung des § 267, namentlich dann, wenn ein Eintrag aus Büchern (Handelsbüchern, Gesindebüchern) entfernt wird. In derartigen Fällen nehmen E **19**, 71. **30**, 175 Urkundenfälschung an. Dagegen mit Recht Binding, Grundriß **3**, 203. Er weist darauf hin, daß zwar die einzelnen Einträge Urkunden seien, aber nicht das ganze Buch. (Die Frage ist deshalb sehr wichtig, weil der Alleineigentümer zwar seine Urkunde straflos vernichten, nicht aber in rechtswidriger Absicht fälschen darf). Zuzugeben ist übrigens, daß durch Beschädigung eine Fälschung begangen werden *kann*; so in dem in E **3**, 370 erledigten Falle (der Schuldner hatte durch Abreißen von Papier einer Teilquittung den Anschein einer Gesamtquittung gegeben). Vergl. auch E **20**, 6 (dagegen Binding, Grundriß **3**, 203, Olsh. 27 zu § 267). Mit Recht aber spricht E **34**, 114 aus, daß nicht Urkundenfälschung, sondern Urkundenbeschädigung vorliege, wenn auf einer öffentlichen Urkunde die Unterschrift unleserlich gemacht wird;
   b) in einem *Unterdrücken der Urkunde*. Wie Olsh. 6 mit Recht hervorhebt, ist Unterdrücken nicht gleichbedeutend mit dem im § 133 gebrauchten Ausdrucke „Beiseiteschaffen", insofern zwar dieser letztere, aber nicht jener erstere Begriff eine örtliche Entfernung verlangt. Unterdrücken bedeutet vielmehr: der Be-

Digitized by Google

nutzung eines andern entziehen. E 1, 159. Dies kann nicht nur durch Verstecken, Wegschaffen der Urkunde, sondern durch jede Handlung geschehen, durch welche die Benutzung, namentlich auch die rechtzeitige Benutzung, vereitelt wird. Besonders gehört hierher die rechtswidrige Vorenthaltung der Urkunde. Vergl. E 10, 391 (Zurückhaltung eines irrtümlich an falsche Adresse abgegebenen Briefes trotz Aufforderung zur Herausgabe). E 22, 182 (Entfernung eines Wahlzettels aus der Urne; s. dagegen § 267 III 3 a). Heimlichkeit gehört nicht zum Begriffe. E 22, 383.

3. Der **Dolus** erfordert die Absicht, einem andern Nachteile zuzufügen. Absicht bezeichnet den erstrebten Erfolg; vergl. § 59 IV. Ebenso Olsh. 7, E 16, 150 und RG im Arch. 46, 37. Nachteil ist das konträre Gegenstück von Vorteil, bedeutet also jede meßbare Verschlechterung der Verhältnisse, ohne Beschränkung auf die Seite des Vermögens. So die herrschende Lehre. R 2, 374. E 22, 283 (Absicht, einem andern den Beweis eines Rechtes zu erschweren). A. A. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 807. Stets aber muß die Absicht darauf gerichtet sein, durch Entziehung der Urkunde als solcher, d. h. durch Vereitelung der Benutzung ihres gedanklichen Inhalts einem andern Nachteile zuzufügen. Wer eine Urkunde nur deshalb vernichtet, um die Sammlung eines andern zu schädigen, oder aus reiner Schadenfreude, kann nur wegen Sachbeschädigung (§ 303) verantwortlich gemacht werden. E 31, 143. — Ist die Absicht des Thäters gleichzeitig auf Zueignung der Urkunde gerichtet, so kann Idealkonkurrenz mit Diebstahl vorliegen. E 8, 79. Dagegen will in diesem Falle Olsh. 6 die vorliegende Stelle gänzlich ausschließen.

II. **Zu Nr. 2. (Grenzverrückung).**

1. **Objekt** der Handlung kann sein:
   a) ein Grenzstein. Schon der Umstand, daß das Gesetz den Grenzstein gesondert behandelt, spricht gegen die § 267 III 3 a bekämpfte Ansicht, nach welcher der Grenzstein als Urkunde anzusehen ist;
   b) ein anderes zur Bezeichnung einer Grenze bestimmtes Merkmal. Die Bestimmung kann, sofern sie nicht auf Herkommen oder stillschweigende Anerkennung zurückführt, nur von einem maßgebenden Willen ausgehen. Einseitige Anordnung eines der Nachbarn genügt nicht (R 10, 46), ebensowenig die eines unzuständigen Beamten (E 23, 254), wohl aber ein Übereinkommen unter den Beteiligten. Unter der erwähnten Voraussetzung ist gleichgiltig, ob das Merkmal ein natürliches oder ein künstliches, ob es ein dauerndes oder nur provisorisches (R 1, 811. 5, 25; vergl. jedoch E 31, 143) ist, ob es zur Abgrenzung des Eigentums oder sonstiger Rechte dient, sofern diese nur dinglicher Natur sind;
   c) ein zur Bezeichnung eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal. Hierher gehören namentlich die Aichpfähle, nicht aber Erinnerungsmarken, durch welche die Höhe einer Überschwemmung kenntlich gemacht wird.

   In allen drei Fällen sind die Eigentumsverhältnisse unerheblich.
2. Die **Handlung** kann bestehen in einem Wegnehmen, Vernichten, Unkenntlichmachen oder fälschlichen Setzen. Letzteres trifft dann zu, wenn der äußere Anschein erweckt wird, als sei das verwendete Merkmal durch Herkommen, stillschweigende Anerkennung oder durch einen maßgebenden Willen zur Bezeichnung der Grenze bestimmt. Vergl. E 16, 280.
3. Zum **Dolus** gehört auch hier die Absicht, einem andern Nachteile zuzufügen, in dem oben I 3 dargelegten Sinne. Auffallender- und inkonsequenterweise begnügt sich aber hier das RG mit dem bloßen Bewußtsein der Schädigung. R 5, 80. 9, 552.

III. **Idealkonkurrenz** ist namentlich möglich mit §§ 133. 242 (s. o. I 3), aber nicht mit § 303. Man wird Olsh. 17 zu § 348 zugeben müssen, daß Idealkonkurrenz mit

Digitized by Google

§ 348 Abs. 2 eintreten kann, weil diese Stelle nicht notwendig eine dem Beamten fremde Urkunde voraussetzt. — Über Realkonkurrenz mit Unterschlagung s. R 4, 670 (Löschung eines Namens in einer Sammelliste, um die Unterschlagung des entsprechenden Betrages zu ermöglichen).

§ 275.

Mit Gefängnis nicht unter drei Monaten wird bestraft, wer

1. **wissentlich von falschem oder gefälschtem Stempelpapier, von falschen oder gefälschten Stempelmarken, Stempelblanketten, Stempelabdrücken, Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelten Briefkuverts Gebrauch macht,**
2. **unechtes Stempelpapier, unechte Stempelmarken, Stempelblankette oder Stempelabdrücke für Spielkarten, Pässe oder sonstige Drucksachen oder Schriftstücke, ingleichen wer unechte Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelte Briefkuverts in der Absicht anfertigt, sie als echt zu verwenden, oder**
3. **echtes Stempelpapier, echte Stempelmarken, Stempelblankette, Stempelabdrücke, Post- oder Telegraphen-Freimarken oder gestempelte Briefkuverts in der Absicht verfälscht, sie zu einem höheren Werte zu verwenden.**

I. Es kann dahingestellt bleiben, ob die hier behandelten Wertzeichen dem Begriffe der öffentlichen Urkunde unterzuordnen sind oder nicht. S. § 267 III 3c. Jedenfalls stehen sie sowohl diesen wie dem Gelde und den Wertpapieren sehr nahe. Wenn nun das Gesetz in den §§ 146. 267 eine ausdrückliche Bestimmung für erforderlich erachtet, um ausländisches Geld dem inländischen Gelde, ausländische öffentliche Urkunden den inländischen gleichzustellen, so hat man § 275, bei dem es an einer entsprechenden Vorschrift fehlt, nur auf **inländische Wertzeichen** zu beziehen. Ebenso Hälschner 2, 566, v. Liszt § 163, Olsh. 2, Rüd.-Stengl. 1. A. A. Oppenh.-Del. 3, Meyer 715, E 6, 387.

II. Die einzelnen Nummern sind nicht gerade glücklich geordnet. Es entspricht nämlich

Nr. 2 der fälschlichen Anfertigung einer Urkunde (§ 267);
Nr. 3 der Verfälschung einer Urkunde (§ 267), dagegen
Nr. 1 dem wissentlichen Gebrauchmachen von einer fälschlich angefertigten oder verfälschten Urkunde (§ 270).

Von Wichtigkeit ist dieses Verhältnis deshalb, weil es den Ausschluß einer Konkurrenz zwischen den Delikten der Nr. 2 und 3 einerseits und der Nr. 1 anderseits ergiebt. Im übrigen nähert sich aber der Thatbestand der Nr. 2 und 3 dem der Münzfälschung, insofern das Gesetz nicht verlangt, daß von dem Falsifikate wirklich Gebrauch gemacht werde, sondern nur fordert, daß der Thäter die Absicht habe, das Falsifikat als echt bzw. zu höherem Werte zu verwenden. Dagegen gehört bei Nr. 1 ein Gebrauchmachen zum Thatbestande im objektiven Sinne.

Daß in sämtlichen Nummern der Gesetzgeber nicht nur den bestimmungsgemäßen Gebrauch bzw. die bestimmungsgemäße Verwendung im Auge hat, ergiebt sich aus der wesentlich abweichenden Fassung des § 276. Strafbar macht sich also auch, wer gefälschte Wertzeichen an einen andern veräußert, oder wer selbst die Fälschung in der Absicht der Veräußerung vornimmt. E 6, 387. A. A. namentlich Oppenh.-Del. 8. 10. Immer aber ist erforderlich, daß von dem Wertzeichen als solchem im Rechts-

Digitized by Google

verkehr mit dritten Gebrauch gemacht werden soll. Wer gefälschte Marken unter dem Vorgeben, sie seien echt, zu Sammlerzwecken veräußert, fällt nicht unter § 275. E 6, 387. Vergl. auch E 24, 111.

III. Durch die vorliegende Stelle sind § 23 des Wechselstempelsteuergesetzes und § 2 des Ges. betr. die Einführung von Telegraphenfreimarken v. 16./5 1869 als beseitigt zu betrachten, letzteres aber nur teilweise. S. § 276. Zu vergleichen ist das Gesetz betr. den Spielkartenstempel v. 3./7 1878 § 12.

IV. S. die Strafdrohungen zum Schutze der Versicherungsmarken im Invalidenversicherungsgesetz §§ 187. 188.

§ 276.

Wer wissentlich schon einmal zu stempelpflichtigen Urkunden, Schriftstücken oder Formularen verwendetes Stempelpapier oder schon einmal verwendete Stempelmarken oder Stempelblankette, ingleichen Stempelabdrücke, welche zum Zeichen stattgehabter Versteuerung gedient haben, zu stempelpflichtigen Schriftstücken verwendet, wird außer der Strafe, welche durch die Entziehung der Stempelsteuer begründet ist, mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher wissentlich schon einmal verwendete Post- oder Telegraphenwertzeichen nach gänzlicher oder teilweiser Entfernung des Entwertungszeichens zur Frankirung benutzt. Neben dieser Strafe ist die etwa wegen Entziehung der Post- oder Telegraphengebühren begründete Strafe verwirkt.

Der zweite Absatz ist hinzugefügt worden durch Ges. vom 13./5 1891. Hervorzuheben ist, daß die wiederholte Verwendung von Post- und Telegraphenwertzeichen im Gegensatz zu den im ersten Abs. genannten vom StGB nur dann pönalisiert wird, wenn die Entwertungszeichen gänzlich oder teilweise entfernt worden sind. Zur Ergänzung greifen die §§ 27. 28 des Postgesetzes v. 28./10 1871 und § 2 des Ges. über die Telegraphenfreimarken v. 16./5 1869 ein. Indessen ist, wenn die im ersten Abs. genannten Wertzeichen nach Entfernung des Entwertungszeichens wieder verwendet werden, in der Entfernung kein besonderes Delikt, namentlich keine Urkundenfälschung zu finden. E 30, 329. 32, 116. — Die Art und Weise der Verwendung wird im Gesetz speziell bezeichnet. Vergl. § 275 II a. E.

§ 277.

Wer unter der ihm nicht zustehenden Bezeichnung als Arzt oder als eine andere approbierte Medizinalperson oder unberechtigt unter dem Namen solcher Personen ein Zeugnis über seinen oder eines Anderen Gesundheitszustand ausstellt oder ein derartiges echtes Zeugnis verfälscht, und davon zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch macht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

I. Ohne die vorliegende Stelle würden die in ihr unter Strafe gestellten Handlungen teils unter den Begriff der Falschbeurkundung, teils unter den der Urkundenfälschung fallen. Es unterliegt keinem Zweifel, daß auch die Fälle letzterer Art lediglich unter § 277 zu subsumieren sind und jede Idealkonkurrenz mit § 267 aus-

Digitized by Google

geschlossen ist; dies namentlich auch dann, wenn etwa der Thäter einen Vermögensvorteil erstrebt. E 6, 1. — Gegenüber § 363 erscheint die vorliegende Stelle als die speziellere. E 31, 296.

II. Gesundheitszeugnisse sind auch solche über früher durchgemachte Krankheiten. So Binding, Grundriß 3, 234. Auch die sachverständige Würdigung wahrgenommener auf die Gesundheit bezüglicher Thatsachen (z. B. Erklärung über die voraussichtliche Dauer des Heilungsprozesses) fallen unter den Begriff des Gesundheitszeugnisses. E 33, 293 (in einem nach § 278 zu beurteilenden Falle). Materielle Unrichtigkeit des Zeugnisses wird nicht verlangt. So die herrschende Lehre und E 20, 138. A. A. Merkel in Holtzend. Handb. 3, 812.

III. Welche Medizinalpersonen zu den approbierten gehören, ergiebt sich für das Reich aus GO § 29. Dadurch wird indessen nicht ausgeschlossen, daß landesrechtlich eine Approbation in weiterem Umfange gefordert wird. So Bayern für die Bader. E 6, 260. Dagegen gehören nach E 10, 340 die Hebammen nicht hierher.

IV. Vollendung tritt in allen Fällen erst ein, wenn von dem Zeugnisse zur Täuschung von Behörden oder Versicherungsgesellschaften Gebrauch gemacht wird. Bei einverständlichem Zusammenwirken mehrerer liegt Mitthäterschaft vor. Vergl. § 270. Die Täuschung braucht nach dem unter II Gesagten nicht darauf gerichtet zu sein, daß eine falsche Vorstellung über den Gesundheitszustand einer Person erweckt werde, sondern nur auf Hervorrufung des Glaubens, als sei das Zeugnis von einem Arzte usw. ausgestellt worden.

V. Idealkonkurrenz mit GO § 147 Nr. 3 ist möglich, sofern sich der Aussteller mit seinem richtigen Namen, aber mit dem falschen Prädikate als Arzt usw. bezeichnet. Ebenso Olsh. 5, Oppenh.-Del. 1. A. A. Binding, Grundriß 3, 234.

§ 278.

Ärzte und andere approbierte Medizinalpersonen, welche ein unrichtiges Zeugnis über den Gesundheitszustand eines Menschen zum Gebrauche bei einer Behörde oder Versicherungsgesellschaft wider besseres Wissen ausstellen, werden mit Gefängnis von Einem Monat bis zu zwei Jahren bestraft.

I. Es handelt sich um einen Fall der Falschbeurkundung. Denn im Gegensatze zu § 277 wird ein materiell unrichtiges Gesundheitszeugnis (§ 277 II) gefordert. Die Vollendung tritt mit der Ausstellung (= Entäußerung) ein, ohne daß es eines wirklichen Gebrauchmachens bedürfte. Wohl aber muß der Thäter entweder wissen, daß das Zeugnis zum Gebrauche bei einer Behörde oder Versicherungsanstalt bestimmt ist, oder aber selbst einen derartigen Gebrauch beabsichtigen. Bezüglich der Bestimmung des Zeugnisses genügt dolus eventualis, nicht aber bezügl. der Richtigkeit seines Inhalts.

II. Die Möglichkeit der Thäterschaft ist beschränkt. Zur Ergänzung greift § 277 ein. Vergl. das. II. Wegen Teilnahme s. §§ 47 VI. 48 III. 1. 49 II. 6.

§ 279.

Wer, um eine Behörde oder eine Versicherungsgesellschaft über seinen oder eines Anderen Gesundheitszustand zu täuschen, von einem Zeugnisse der in den §§ 277 und 278 bezeichneten Art Gebrauch macht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

Digitized by Google

Die Stelle steht zu §§ 277. 278 genau in demselben Verhältnisse wie § 270 zu § 267 und § 273 zu § 271. Demnach ist mit E 32, 295 anzunehmen, daß die Benutzung eines objektiv unrichtigen ärztlichen Zeugnisses genügt. Selbstverständlich gehört aber das Bewußtsein der Unrichtigkeit zum Dolus.

§ 280.

Neben einer nach Vorschrift der §§ 267, 274, 275, 277 bis 279 erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Vergl. §§ 32. 35.

Vierundzwanzigster Abschnitt.

Bankerutt.

Die hierher gehörigen §§ 281—283 sind ersetzt durch die Konkursordnung vom 10./2 1877 (neue Fassung v. 17./5 1898) §§ 239 ff.

Konkursordnung.

§ 239.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen betrüglichen Bankerutts mit Zuchthaus bestraft, wenn sie in der Absicht, ihre Gläubiger zu benachteiligen,

1. Vermögensstücke verheimlicht oder bei Seite geschafft haben,
2. Schulden oder Rechtsgeschäfte anerkannt oder aufgestellt haben, welche ganz oder teilweise erdichtet sind,
3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder
4. ihre Handelsbücher vernichtet oder verheimlicht oder so geführt oder verändert haben, daß dieselben keine Übersicht des Vermögenszustandes gewähren.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

§ 240.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden wegen einfachen Bankerutts mit Gefängnis bestraft, wenn sie

1. durch Aufwand, Spiel oder Wette, oder durch Differenzhandel mit Waren oder Börsenpapieren übermäßige Summen verbraucht haben oder schuldig geworden sind;
2. in der Absicht, die Eröffnung des Konkursverfahrens hinauszuschieben, Waren oder Wertpapiere auf Kredit entnommen und

Digitized by Google

diese Gegenstände erheblich unter dem Werte in einer den Anforderungen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechenden Weise veräußert oder sonst weggegeben haben;

3. Handelsbücher zu führen unterlassen haben, deren Führung ihnen gesetzlich oblag, oder dieselben verheimlicht, vernichtet oder so unordentlich geführt haben, daß sie keine Übersicht ihres Vermögenszustandes gewähren, oder
4. es gegen die Bestimmung des Handelsgesetzbuches unterlassen haben, die Bilanz ihres Vermögens in der vorgeschriebenen Zeit zu ziehen.

Neben Gefängnisstrafe kann in den Fällen der Nr. 1, 2 auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechstausend Mark erkannt werden.

§ 241.

Schuldner, welche ihre Zahlungen eingestellt haben, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, werden mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, wenn sie, obwohl sie ihre Zahlungsunfähigkeit kannten, einem Gläubiger in der Absicht, ihn vor den übrigen Gläubigern zu begünstigen, eine Sicherung oder Befriedigung gewährt haben, welche derselbe nicht oder nicht in der Art oder nicht zu der Zeit zu beanspruchen hatte.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu sechstausend Mark erkannt werden.

§ 242.

Mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren wird bestraft, wer

1. im Interesse eines Schuldners, welcher seine Zahlungen eingestellt hat, oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Vermögensstücke desselben verheimlicht oder bei Seite geschafft hat, oder
2. im Interesse eines solchen Schuldners, oder um sich oder einem Anderen Vermögensvorteil zu verschaffen, in dem Verfahren erdichtete Forderungen im eignen Namen oder durch vorgeschobene Personen geltend gemacht hat.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe oder Geldstrafe bis zu sechstausend Mark ein.

§ 243.

Ein Gläubiger, welcher sich von dem Gemeinschuldner oder anderen Personen besondere Vorteile dafür hat gewähren oder versprechen lassen,

Digitized by Google

daß er bei den Abstimmungen der Konkursgläubiger in einem gewissen Sinne stimme, wird mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu einem Jahre bestraft.

§ 244.

Die Strafvorschriften der §§ 239—241 finden gegen die Mitglieder des Vorstandes einer Aktiengesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft und gegen die Liquidatoren einer Handelsgesellschaft oder eingetragenen Genossenschaft, welche ihre Zahlungen eingestellt hat, oder über deren Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, Anwendung, wenn sie in dieser Eigenschaft die mit Strafe bedrohten Handlungen begangen haben.

Fünfundzwanzigster Abschnitt.

Strafbarer Eigennutz und Verletzung fremder Geheimnisse.

S. EG § 2 III 3.

§ 284.

Wer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe macht, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft, neben welchem auf Geldstrafe von dreihundert bis zu sechstausend Mark, sowie auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden kann.

Ist der Verurteilte ein Ausländer, so ist die Landespolizeibehörde befugt, denselben aus dem Bundesgebiete zu verweisen.

I. Der **Begriff des Spiels** ist des näheren im Privatrecht zu entwickeln. Hier genügt es, darauf hinzuweisen, daß bei jedem Spiele Gewinn und Verlust der Parteien von einem zukünftigen, noch ungewissen Ereignisse abhängig gemacht werden. Dies kann auch bei der **Wette** zutreffen, nämlich dann, wenn die Behauptung, um deren Richtigkeit es sich handelt, sich auf ein zukünftiges Ereignis bezieht. Für das Strafrecht ist aber die zivilrechtliche Frage von besonderer Wichtigkeit, ob ein Unterschied zwischen Spiel und Wette besteht, und worin er eventuell liegt. In Betracht kommen folgende Ansichten:

1. ein generischer Unterschied besteht nicht: jedes Spiel ist im Grunde genommen eine Wette. So bes. Stenglein, Ztschr. 3, 111 ff. und in Rüd.-St. 2;
2. es besteht ein generischer Unterschied.
   a) Von einer objektiven Theorie wird er darin gefunden, daß beim Spielvertrage Gewinn und Verlust vom Ausfalle einer von den Kontrahenten zu entfaltenden Thätigkeit abhängig gemacht werden. So namentlich Thöl, Deutsches Handelsrecht 5. Aufl. § 304. Auch Gerber-Cosack, System des deutschen Privatrechts § 219 fordern eine Thätigkeit, die entweder von den Parteien selbst oder von einem durch sie beauftragten dritten vorgenommen wird. Danach würde sich der Betrieb am Totalisator nicht als Spiel, sondern als Wette darstellen;

Digitized by Google

b) nach einer subjektiven Theorie liegt der Unterschied im Motive: bei der Wette gilt es den Beteiligten um die Erhärtung einer Behauptung, bei dem Spiele um den Gewinnst. Nach dieser Ansicht, die nunmehr im Strafrechte herrscht, erscheint das „Wetten" am Totalisator und das sog. Buchmachen als Spiel, sofern uneingeweihte, nicht sachverständige Personen teilnehmen, weil es diesen nicht auf die Erhärtung ihrer Meinung über die Rennfähigkeit der Pferde, sondern nur auf die Erzielung eines Gewinnes ankommen kann, E 6 172, 421. 7, 21, Jonas, Ztschr. 2, 551, Olsh. 1. Im Ergebnis auch die Vertreter der unter 1 angeführten Ansicht, z. B. v. Liszt § 143.

II. **Das Glücksspiel** ist eine Art des Spiels. (Gegensatz: Kunstspiel). Seine spezifische Eigentümlichkeit besteht darin, daß der Ausfall ganz oder doch wesentlich vom Zufalle abhängt. Für das Recht kommt das Glücksspiel nur insofern in Betracht, als der Gewinnst einen Vermögenswert darstellt. Es entspricht aber ferner sowohl dem Sprachgebrauche als auch dem legislativen Grunde des Gesetzes eine Beschränkung des Begriffs auf solche Fälle, bei denen es sich um Gewinnste von nicht unerheblichem Werte handelt. Die Grenze kann nur nach den individuellen Verhältnissen der Mitspielenden, und zwar speziell nach denen des Mindestvermögenden gezogen werden. Vgl. Schiffer, GS 51, 188 ff. Das RG. betrachtet die „allgemeine gesellschaftliche Anschauung" als maßgebend. E 6, 70. 18, 342. 19, 252. Binding, Lehrb. 406 lehnt das Glücksspiel dann ab, wenn es sich nur um Bagatellen handelt. Olsh. 2 will die sozialen Verhältnisse des gesamten Kreises der Mitspielenden berücksichtigen. Wie aber, wenn diese verschieden sind?

Daß zum Glücksspiel eine gewinnsüchtige Absicht gehört, folgt schon aus dem Begriffe des Spiels selbst. Vergl. Schiffer a. a. O., Merkel 342. A. A. Binding, Lehrb. 406, Olsh. 2, E 6, 70. 7, 21 und überhaupt die meisten.

Abgesehen von den unter I erwähnten Fällen hat das RG u. a. für Glücksspiele erklärt: das „Kümmelblättchen" (E 1, 118), die „Kartenlotterie" (E 12, 388), das „Mauscheln" (Arch. 37, 150), das „Tivolibillard" (R 7, 17).

Einer gesonderten Behandlung unterliegen die Lotterie und die Ausspielung. Vgl. § 286.

III. Strafbar ist, wer aus dem Glücksspiel ein **Gewerbe** macht (§ 74 V 5a). Dabei wird aber, wie sich aus § 369 Nr. 14 ergiebt, vorausgesetzt, daß der betr. wirklich spielt, d. h. sich den Chancen des Spiels unterwirft. Beschränkt er sich auf die Gewährung von Gelegenheit, so „hält er ein Glücksspiel". Seine Strafbarkeit beurteilt sich alsdann nach § 360 Nr. 14. Polizeiliche Erlaubnis macht ihn mithin selbst dann straflos, wenn er den Unternehmergewinn gewerbsmäßig erstrebt. Dagegen befreit denjenigen, der in dem bezeichneten Sinne „spielt", polizeiliche Erlaubnis nicht von der Strafe. E 29, 376, Olsh. 9. A. A. Binding, Lehrb. 407, Hälschner 2, 446. Wer ein „Glücksspiel hält", kann allerdings auch gleichzeitig spielen, sofern nämlich sein Unternehmergewinn selbst von dem Ausfallen des Spiels abhängt. Nur in diesem Falle ist Idealkonkurrenz zwischen den §§ 284. 360 Nr. 14 denkbar. So E 7, 17. 10, 245. 29, 376. Nicht ganz zutreffend Binding, Lehrb. 409, der Idealkonkurrenz schlechthin bei gewerbsmäßigem Halten des Glücksspiels annimmt.

IV. Begonnen und gleichzeitig **vollendet** ist das Glücksspiel mit dem Einsetzen. E 1, 118.

V. **Einziehung** der zum Glücksspiele gebrauchten oder bestimmten Gegenstände gemäß § 40. Der Einsatz des nichtgewerbsmäßigen Spielers unterliegt nicht der Einziehung. Vgl. Binding, Lehrb. 413.

VI. **Teilnahme** ist nach allgemeinen Regeln möglich. Insbesondere erscheint der Croupier als Gehilfe. Vgl. auch § 285 V.

VII. Wegen **Konkurrenz** mit Zuwiderhandlungen gegen des Reichsstempelgesetz s. E 31, 114, 32, 355.

Digitized by Google

§ 285.

Der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsorts, welcher Glücksspiele daselbst gestattet oder zur Verheimlichung solcher Spiele mitwirkt, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

I. Der Thatbestand der vorliegenden Stelle ist von der Strafbarkeit der Beteiligung am Glücksspiele unabhängig. Es kommt also nicht darauf an, daß die Teilnehmer aus dem Glücksspiele ein Gewerbe machen. S. u. V. Im übrigen ist der Begriff des Glücksspiels derselbe wie bei § 284. Wegen der Lotterie und der Ausspielung vergl. § 286 I 3.

II. **Thäter** ist der Inhaber eines öffentlichen Versammlungsorts d. h. eines solchen, der jedermann, ohne individuelle Beschränkung zugänglich ist. Der Umstand, daß Eintrittsgeld erhoben wird, oder der Zutritt an sonstige von der Individualität unabhängige Bedingungen (z. B. Anlegen von Masken) geknüpft ist, steht der Öffentlichkeit nicht entgegen. — Der Begriff des Inhabers umfaßt nach der herrschenden Lehre (E 24, 256) nicht nur den Eigentümer oder Pächter, sondern jeden, der zu eigenem Rechte oder in Vertretung des Berechtigten (wenn auch ohne ausdrücklichen Auftrag für den Einzelfall) über den Ort zu verfügen hat (z. B. Wirtsfrau oder Oberkellner in Abwesenheit des Wirts).

III. Die **Handlung** kann sein:

1. ein Gestatten des Glücksspiels an dem öffentlichen Versammlungsorte. „Gestatten" bedeutet sowohl die ausdrückliche Erteilung einer Erlaubnis als auch das einfache Dulden. Das Delikt kann also auch einfaches Unterlassungsdelikt sein. Ebenso Binding, Lehrbuch 410. Vergl. Landsberg, Kommissivdelikte durch Unterlassung (1890) 207. Dagegen nimmt Olsh. 4 an, es liege ein Kommissivdelikt vor, das indessen auch als ein unechtes Unterlassungsdelikt begangen werden könne. Jedenfalls stimmt er im praktischen Ergebnis überein, sofern er Strafe eintreten läßt, wenn nicht der Inhaber alle ihm zu Gebote stehenden Mittel ergriffen hat, um das Glücksspiel zu verhindern. Selbstverständlich muß der Inhaber wissen, daß gespielt wird oder gespielt werden soll. R 8, 317. Überhaupt muß er alle die Umstände kennen, die für den Begriff des Glücksspiels wesentlich sind. Demnach gehört zum Dolus auch ein Einblick in die Höhe des Spielobjekts. Vergl. § 284 II und E 19, 253. — Das Spiel muß an dem öffentlichen Versammlungsorte stattfinden. Solange aber die regelmäßig allgemein zugänglichen Orte nur individuell bestimmten Personen zugänglich sind, sind sie nicht öffentliche Versammlungsorte. E 6, 70. Andrerseits sind auch die Privaträume des Wirts öffentliche Versammlungsorte, wenn und solange sie allgemein zugänglich gemacht werden. S. auch u. 2;
2. ein Mitwirken zur Verheimlichung des Glücksspiels. In diesem Falle wird nicht gefordert, daß das Spiel in dem öffentlichen Versammlungsorte stattfinde, wohl aber muß der Inhaber desselben als solcher zur Verheimlichung mitwirken. Oppenh.-Tel. 6. Der Begriff des Mitwirkens verlangt eine positive Thätigkeit (z. B. Verschließen der Hausthüre oder Überweisung eines Privatzimmers. E 6, 70). Weitergehend nimmt R 9, 153 an, daß eine Pflicht des Wirts obwalte, dem heimlichen Betrieb des Glücksspiels in seinen Räumen entgegenzutreten, und daß die Vernachlässigung dieser Pflicht sich als Mitwirken zur Verheimlichung darstelle (sehr bedenklich!) — Der Dolus ist der gleiche wie unter 1.

IV. **Vorsatz** ist überall erforderlich. So die herrschende Lehre. S. o. III 1 u. 2.

V. Ist das gestattete oder verheimlichte Glücksspiel (wie der Inhaber des Versammlungsortes weiß) ein gewerbsmäßiges, so liegt **Idealkonkurrenz** mit Beihilfe zu

Digitized by Google

dem Delikte des § 284 vor. A. A. Binding, Lehrb. 410, der in diesem Falle nur die vorliegende Stelle anwenden will.

§ 286.

Wer ohne obrigkeitliche Erlaubnis öffentliche Lotterieen veranstaltet, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Den Lotterieen sind öffentlich veranstaltete Ausspielungen beweglicher oder unbeweglicher Sachen gleich zu achten.

I. **Verhältnis der Stelle zu der vorhergehenden.** — Die **Lotterie** und die ihr gleichgestellte **Ausspielung** sind Formen des Glücksspiels, unterliegen aber (zum Teil aus finanziellen Gründen) einer gesonderten Behandlung. Diese zeigt sich in folgendem:

1. Die Veranstaltung einer privaten Lotterie und einer öffentlichen Lotterie mit obrigkeitlicher Erlaubnis ist straflos, selbst wenn die Veranstaltung gewerbsmäßig erfolgt. Strafbar ist nur die Veranstaltung einer öffentlichen Lotterie ohne obrigkeitliche Erlaubnis. Öffentlich ist eine Lotterie dann, wenn sich an ihr ein größerer, durch individuelle Beziehungen nicht zusammengehaltener Personenkreis beteiligen kann. Vergl. § 110. So bes. E **31**, 413 mit der Ausführung, daß eine Lotterie auch dann eine öffentliche sein könne, wenn sie unter den Arbeitern derselben Fabrik veranstaltet wird. Meist fordert man dagegen zum Begriffe der Öffentlichkeit, daß sich das Publikum schlechthin beteiligen könne. So auch Olsh. 7. Die Aufforderung zur Beteiligung braucht dagegen nicht öffentlich zu sein. Ebensowenig kommt es darauf an, ob sich bei der Ziehung usw. thatsächlich mehrere Spieler beteiligen oder nur einer. E **1**, 357, 414. **5**, 432. S. u. II a. E. Die Frage, welche Behörde die obrigkeitliche Erlaubnis erteilt, beurteilt sich nach Landesrecht. S. u. VIII. Erteilung der Genehmigung durch eine unzuständige Behörde genügt nicht. S. u. VIII. Überschreitung der erteilten Erlaubnis ist strafbar. Vgl. E **28**, 236.
2. Das Spielen in der Lotterie ist reichsrechtlich straflos, selbst wenn es gewerbsmäßig betrieben wird und obrigkeitliche Erlaubnis nicht erteilt ist. Denn wenn das Gesetz nur die Veranstaltung der Lotterie pönalisiert und auch diese nur unter gewissen Voraussetzungen, so ergiebt sich indirekt die Straflosigkeit des Spielens. Über die Frage, ob landesgesetzliche Verbote des Spielens in auswärtigen Lotterieen noch in Kraft sind, vergl. EG § 2 III 2 c.
2. Der Inhaber des öffentlichen Versammlungsorts, der eine Lotterie daselbst gestattet oder der zur Verheimlichung einer Lotterie mitwirkt, kann niemals auf Grund des § 285 bestraft werden, sondern höchstens wegen Beihilfe zur Veranstaltung oder wegen Begünstigung derselben. Dies folgt namentlich aus der Stellung der §§ 285. 286. Übereinstimmend Olsh. 2 zu § 285, E **10**, 245.
4. Der Wert des Spielobjekts ist unerheblich.

II. Die spezifischen **Eigentümlichkeiten der Lotterie**, durch die sie sich von andern Arten des Glücksspiels unterscheidet, ergeben sich aus folgendem:

1. Im Anschlusse an die Etymologie und die historische Entwicklung (vergl. Endemann, Beiträge zur Geschichte der Lotterie [1882]) ist zu fordern, daß die Entscheidung durch das Loos erfolge. So bes. E **10**, 245. **12**, 388. Nach der herrschenden Lehre (Binding, Lehrb. 410, Olsh. 2, R **9**, 300) kann das Loos auch durch Surrogate ersetzt werden. Was aber ein Loossurrogat ist, darüber hat man sich prinzipiell niemals ausgesprochen und kann es auch nicht, so lange man es nicht für der Mühe wert hält, den Begriff des Looses selbst zu bestimmen.

Digitized by Google

Nur in negativer Beziehung ist man darüber einig, daß Würfel und Spielkarten keine Surrogate des Looses sind. Olsh. 2, E 10, 245, RG im Arch. 89, 336. S. näheres u. III.

2. Indessen wird nicht jedes Glücksspiel dadurch zur Lotterie, daß das Loos dabei mitwirkt, vielmehr beruht der Begriff der Lotterie auf dem Gegensatze des Unternehmers und der Spielenden. Der Unternehmer erlangt durch den Lotterievertrag einen unbedingten Anspruch gegen den Spieler auf Leistung des Einsatzes, während der dem Spieler gegen den Unternehmer zustehende Anspruch auf Gewinn durch den Ausfall der Verloosung bedingt ist. Über das Verhältnis des Unternehmers zum Veranstalter s. u. VI.

Nicht erheblich sind folgende Momente: Aufstellung eines vorher bestimmten Planes (vergl. E 18, 342. 27, 47), Feststellung des Ergebnisses durch einen Gesamtakt gegenüber allen Spielern, Risiko der Spieler. Ebenso bes. Olsh. 5 und das RG. A. A. in letzterer Beziehung Berner 618. Darüber, daß sich an der einzelnen Lotterie nicht mehrere Spieler zu beteiligen brauchen, s. o. I 1.

III. Die Hauptschwierigkeit liegt in dem bis jetzt noch nicht genügend geklärten **Begriff des Looses.** Man wird dazu eine selbständige Sache verlangen müssen, die unabhängig von der Gewinnermittelung den Spielern zugänglich gemacht wird, aber doch zur Ermittelung des Gewinnes dient. — Hierin liegt folgendes:

1. Einzelne Nummern auf einer andern Sache, z. B. einer Roulette, sind keine Loose.
2. Der Gewinnermittelung dient das Loos namentlich in der Art, daß es ein Zeichen enthält, dem ein direkt bei der Gewinnermittelung verwendetes entspricht. Z. B.: ein Waisenknabe zieht eine Nummer, mit der eine Loosnummer korrespondiert, während das Glücksrad Gewinn oder Verlust anzeigt. Oder: der Unternehmer würfelt, und die durch den Wurf bezeichnete Loosnummer gewinnt. Mit Recht führt E 27, 47 aus, daß eine eigentliche Loosziehung nicht erforderlich sei und daß es genüge, wenn die Gewinnnummer durch die Nummer eines rennenden Pferdes bestimmt wird. Dient dagegen ein Zeichen lediglich zur Legitimation, so ist es kein Loos. Z. B.: ein Wirt giebt seinen Stammgästen, die sich als solche durch eine Nummer legitimieren, das Recht, unter Rollen zu wählen, die äußerlich gleich sind, aber teils Geld enthalten, teils nichts. Die herrschende Lehre hält in derartigen Fällen Loossurrogate für gegeben. Vergl. R 9, 300.
3. Das Loos muß den Spielern oder deren Vertretern zugänglich gemacht werden. Deshalb sind Würfel, mit denen der Unternehmer würfelt, keine Loose. Als Vertreter der Spieler kann vertragsgemäß auch der Unternehmer erscheinen. Z. B.: es werden unter den Lösern eines Preisrätsels Gewinne von der Redaktion eines Familienblattes ausgelooſt. Nicht erforderlich ist, daß die Spieler Eigentum an dem Looſe erwerben. Auch Marken, die dem Unternehmer zurückgegeben werden müssen, sind Looſe.
4. Das Loos muß den Spielern unabhängig von der Gewinnermittelung, also auch nicht lediglich zum Zwecke derselben zugänglich gemacht werden. Deshalb sind Würfel, mit denen die Spieler würfeln, keine Looſe. So im Ergebnis die herrschende Lehre. E 10, 245.
5. Daß das Loos als solches bezeichnet sei, ist nicht erforderlich, und umgekehrt wird eine Sache nicht dadurch zum Looſe, daß sie als solche bezeichnet ist. E 12, 388.

IV. Ebensowenig wie das Loos braucht der **Einsatz** als solcher ausdrücklich bezeichnet zu sein. Z. B.: ein Buchhändler gewährt für den Abonnementspreis eines Lieferungswerkes außer diesem auch Teilnahme an einer Auslooſung. E 1, 53. 2, 390. R 9, 254. Dagegen fehlt es an dem Einsatze und an der Lotterie, wenn etwa unter den Lösern eines Preisrätsels unentgeltlich gewisse Gegenstände ausgelooſt werden.

V. Das Gesetz stellt der Lotterie eine andere Art von Glücksspiel, nämlich die

Digitized by Google

Ausspielung gleich. Der Unterschied der Lotterie von der Ausspielung liegt in einem doppelten. Zunächst im Gewinnst: bei der Lotterie Geld, bei der Ausspielung ein anderer, wenn auch nur der Art nach bestimmter Gegenstand. Sodann in der Ermittelung des Gewinnstes: bei der Lotterie Loos, bei der Ausspielung genügt jede Art der Ermittelung, sofern nur das Ergebnis wesentlich Sache des Zufalls ist. Demnach genügen hier auch Würfel. So die herrschende Lehre. E **10**, 245. **17**, 379. **19**, 258. **29**, 66. **34**, 141. Viel besprochen wurde vor einiger Zeit die Frage, ob das sog. „Schneeballen-, auch Hydra- und Gellasystem" als Ausspielung anzusehen sei. Bejahend E **34**, 140, 321, 390, 403, Binding, Lehrb. 411/412. Spohr, D. JZ. 15./10 1891, Braun das.. A. A. Staub, D. JZ. 1./5 1891, v. Liszt, das..

VI Die **Handlung** besteht darin, daß eine öffentliche Lotterie oder Ausspielung ohne obrigkeitliche Erlaubnis (vergl. o. I 1) **veranstaltet**, d. h. daß dem Publikum die Beteiligungsmöglichkeit gewährt wird. Loose brauchen nicht abgesetzt, geschweige denn gezogen zu sein. Daß der Veranstalter durch den Lotterievertrag berechtigt und verpflichtet werde, ist nicht erforderlich. Der Veranstalter braucht also nicht notwendig der Unternehmer zu sein. E **34**, 447. Wer sich auf den Absatz der Loose beschränkt, ist nicht Veranstalter, sondern Kollekteur und je nach Umständen als Gehilfe oder Begünstiger zu bestrafen. Vergl. R **3**, 728. Dagegen will ihn Binding, Lehrb. 410 nur als Gehilfen gelten lassen.

VII. Das **Heuer- und Promessengeschäft** sieht das RG mit der herrschenden Lehre als Lotterie an. E **3**, 133. **4**, 80. **7**, 161. Es liegt dann vor, wenn die Hoffnung auf den Gewinnst verkauft wird. Vergl. Endemann a. a. O. (oben II 1) 146 ff. Wird jedoch ein ideeller Anteil an dem Loose selbst verkauft, so ist das Geschäft ein straffloses Kompagniegeschäft.

VIII. Als **Verschulden** genügt wegen des polizeilichen Charakters des Delikts Fahrlässigkeit. Ebenso Merkel in Holtzend. Handb. **4**, 456, Olsh. 11. Dagegen fordert die herrschende Lehre Vorsatz. E **27**, 31, Binding, Lehrb. 410. 411. Praktisch wird die Differenz wenig erheblich sein. Ein fahrlässiges Veranstalten einer Lotterie oder Ausspielung ist nicht denkbar. Einholung der Genehmigung von einer zu ihrer Erteilung unzuständigen Behörde läßt sich kaum jemals als Verschulden ansehen. Verlangt man aber Vorsatz, so wird dieser durch irrtümliche Annahme der Zuständigkeit stets ausgeschlossen. E **3**, 49. **27**, 30. Die Fahrlässigkeit wird also höchstens bei Überschreitung der Erlaubnis oder dann in Betracht kommen, wenn jemand glaubt, die Genehmigung sei erteilt, während sie es in der That nicht ist. Die irrtümliche Annahme, daß das Unternehmen nicht genehmigungsbedürftig sei, beachtet die Praxis mit Recht nicht. E **19**, 257. **29**, 376. Dagegen Binding, Lehrb. 411.

IX. Einsätze und ausgesetzte Gewinne unterliegen der **Einziehung**, nicht aber bereits in das Eigentum der Spieler übergegangene Gewinne. Denn die Spieler sind nicht Teilnehmer.

X. Wegen **Konkurrenz** mit dem Reichsstempelgesetz s. E **11**, 9. **16**, 301. **30**, 396, wegen Konkurrenz mit GO § 148 s. E **14**, 384.

§ 287.

Vergl. anstatt der ursprünglichen Stelle Ges. über den Markenschutz vom 30./11 1874 § 14 und jetzt

Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen

v. 12./5 1894.

§ 14.

Wer wissentlich oder aus grober Fahrlässigkeit Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäfts-

Digitized by Google

briefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit dem Namen oder der Firma eines Andern oder mit einem nach Maßgabe dieses Gesetzes geschützten Warenzeichen widerrechtlich versieht oder dergleichen widerrechtlich gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet.

Hat er die Handlung wissentlich begangen, so wird er außerdem mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis fünftausend Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

§ 15.

Wer zum Zweck der Täuschung im Handel und Verkehr Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung, oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Verkehrskreise als Kennzeichen gleichartiger Waren eines Andern gilt, ohne dessen Genehmigung versieht, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gekennzeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, ist dem Verletzten zur Entschädigung verpflichtet und wird mit Geldstrafe von einhundert bis dreitausend Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft. Die Strafverfolgung tritt nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

§ 16.

Wer Waren oder deren Verpackung oder Umhüllung oder Ankündigungen, Preislisten, Geschäftsbriefe, Empfehlungen, Rechnungen oder dergleichen fälschlich mit einem Staatswappen oder mit dem Namen oder Wappen eines Ortes, eines Gemeinde- oder weiteren Kommunalverbandes zu dem Zweck versieht, über Beschaffenheit und Wert der Waren einen Irrtum zu erregen, oder wer zu dem gleichen Zweck derartig gezeichnete Waren in Verkehr bringt oder feilhält, wird mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis fünftausend Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Die Verwendung von Namen, welche nach Handelsgebrauch zur Benennung gewisser Waren dienen, ohne deren Herkunft bezeichnen zu sollen, fällt unter diese Bestimmung nicht.

---

§ 288.

Wer bei einer ihm drohenden Zwangsvollstreckung in der Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, Bestandteile seines Vermögens veräußert oder bei Seite schafft, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag des Gläubigers ein.

Digitized by Google

I. Sogenannte **Vollstreckungsvereitelung**, auch **Vereitelung der Zwangsvollstreckung** (gegen diesen Namen jedoch Behme, Der Schuldner und die drohende Zwangsvollstreckung. [1894]). — Während § 137 im Interesse der obrigkeitlichen Autorität Handlungen unter Strafe stellt, die eine bereits vollzogene Zwangsvollstreckung in der praktischen Wirkung vereiteln, richtet sich die vorliegende im Interesse des Gläubigers gegen solche Handlungen, durch welche eine erst bevorstehende Zwangsvollstreckung vereitelt werden soll. Verletzt ist dort der Staat (die öffentliche Autorität), hier dagegen der Gläubiger und zwar gerade derjenige, von dessen Seite die Zwangsvollstreckung droht. Deshalb ist auch nur dieser **antragsberechtigt.** E 17, 44. Vergl. § 61 IV und E 32, 433 (Antragsbefugnis des Konkursverwalters).

II. **Der objektive Thatbestand** erfordert folgendes:

1. Es muß eine Zwangsvollstreckung, d. h. eine zwangsweise durch das zuständige Organ erfolgende Verwirklichung eines Anspruches, drohen. Eine Zwangsvollstreckung droht dann, wenn der Gläubiger zu ihrer alsbaldigen Betreibung imstande und gewillt ist oder demnächst (z. B. wenn er der Forderung denkt, vgl. E 23, 177) gewillt sein wird. Ob dies zutrifft, kann nur auf Grund der konkreten Verhältnisse beurteilt werden. Der Wille kann aus der Mahnung erhellen, unbedingt schlüssig aber ist sie nicht. Die Praxis pflegt daher eine bloße Mahnung, wenn nicht etwas Weiteres hinzukommt, als unzureichend anzusehen. E 20, 256; vergl. auch Behme a. a. O. 31. Mit größerer Sicherheit ist der Wille aus der Erhebung der Klage oder der Zustellung eines Zahlungsbefehls oder der Erwirkung eines Arrestes zu entnehmen. E 15, 114. Die thatsächliche Möglichkeit alsbaldiger Zwangsvollstreckung setzt als erstes Erfordernis die Existenz eines Anspruchs voraus. E 31, 122. Nach E 13, 192 soll ein nichtiger Anspruch nicht ausreichen. E 32, 298 nimmt an, daß ein auf Kosten lautendes Urteil im Privatklageverfahren den Anspruch nicht erst begründet, sondern nur feststellt. Fälligkeit des Anspruchs ist nicht erforderlich. E 24, 238. Ob der Anspruch privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist, ist ebenso gleichgültig wie die Persönlichkeit des Berechtigten. Unerheblich ist insbesondere auch, ob der Schuldner, gegen den sich die Zwangsvollstreckung richten würde, obligatorisch oder dinglich haftbar ist. Veräußert jemand, dem zur Zeit keine Zwangsvollstreckung droht, der vielleicht auch keinen Gläubiger hat, Vermögensstücke im Hinblick auf zukünftige Gläubigerschaft und Zwangsvollstreckung, so nimmt Binding Lehrb. 419 ein bedingtes Delikt an: die Handlung werde strafbar in dem Augenblicke, da von dem späteren Gläubiger die Zwangsvollstreckung droht. Vergl. dazu Behme a. a. O. 32 ff., E 31, 122. 32, 298. — Die Möglichkeit, die Zwangsvollstreckung alsbald zu bewirken, liegt jedenfalls mit der Erlangung eines vollstreckbaren Titels vor. Aber auch ohne einen solchen kann der Zeitpunkt der thatsächlichen Vollstreckbarkeit nahe gerückt sein, z. B. durch Erhebung der Klage oder durch Zustellung eines Zahlungsbefehls. Vergl. E 1, 37. Will man den Zweck des Gesetzes nicht vereiteln, so muß man die dem Schuldner durch Erhebung chikanöser Einwendungen gegegebene Möglichkeit, die Sache hinauszuziehen, gänzlich außer acht lassen. A. A. Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts (1893) 132 ff. Eine Zwangsvollstreckung kann auch dann noch drohen, wenn sie bereits begonnen hat, sofern nämlich noch Vollstreckungsakte bevorstehen. E 17, 42. 35, 62.
2. Die Zwangsvollstreckung muß ihm, d. h. dem Thäter drohen. **Thäter** kann daher nur derjenige sein, gegen welchen sich die Zwangsvollstreckung richten würde. Hierin liegt eine offenbare Lücke des Gesetzes, die namentlich dahin führt, daß Vertreter einer juristischen Person bei einer dieser drohenden Zwangsvollstreckung trotz Veräußerung oder Beiseiteschaffung des Gesellschaftsvermögens nicht Thäter sein können. E 16, 121. Abweichend Binding, Lehrb. 417. Anderseits

Digitized by Google

ist nach dem unter 1 Gesagten nicht erforderlich, daß der Thäter gerade der Schuldner sei. Eine wegen einer ehemännlichen Schuld in das gemeinschaftliche Vermögen der Ehegatten einzuleitende Zwangsvollstreckung droht auch der Frau. E 31, 138. Überhaupt droht die Zwangsvollstreckung jedem, gegen den gemäß ZPO § 727 ff. die Vollstreckungsklausel erteilt werden kann. Insofern übereinstimmend Binding, Lehrb. 417.

3. Die Handlung besteht in dem Veräußern oder Beiseiteschaffen von Bestandteilen „seines" Vermögens, d. h. des dem Thäter gehörigen. Der Umfang des Vermögens beurteilt sich nach dem bürgerlichen Rechte. Vergl. § 263 V 1. Veräußert der Schuldner eine dem Gläubiger gehörige Sache, deren zwangsweise Wiedererlangung er vereiteln will, so macht er sich wegen Unterschlagung, aber nicht auf Grund des § 288 strafbar. Eben weil der Gesichtspunkt der Unterschlagung eingreift, liegt hier keine Lücke im Gesetze vor. (Eine solche nimmt Lenz a. O. 125 an. Gegen ihn Behme 40.) — Zu den Bestandteilen des Vermögens zählt alles, was möglicherweise der Zwangsvollstreckung unterworfen werden kann, namentlich auch Forderungen und Nießbrauch.

Eine **Veräußerung** ist in allen Handlungen zu finden, durch welche Bestandteile des Vermögens der Zwangsvollstreckung rechtlich unzugänglich gemacht werden. Der bloße Verkauf von Sachen ohne Eigentumsübertragung genügt also nicht. E 32, 20. In der Vermietung oder Verpachtung von Gegenständen kann, soweit das BGB und die ZPO anwendbar sind, eine Veräußerung nicht gefunden werden, da doch wenigstens der Anspruch auf Herausgabe pfändbar ist. Vergl. ZPO §§ 809. 847, Ges. üb. die Zwangsversteigerung §§ 57. 183. Abweichend für das frühere Recht E 6, 100. Anderseits genügt die Bestellung eines Pfandrechts. E 7, 237. 8, 1. Das Gleiche nimmt E 34, 3 bei der Einräumung einer Vormerkung an. Endlich muß auch in der Bestellung einer Dienstbarkeit eine Veräußerung gefunden werden. — Der Umstand, daß die Veräußerung der Anfechtung unterliegt, ist ohne Einfluß.

Ein **Beiseiteschaffen** ist in jeder Thätigkeit zu finden, durch welche ein Objekt der Zwangsvollstreckung, wenn sie in Wirklichkeit stattfinden sollte, thatsächlich entzogen würde. Vergl. § 133. Z. B. Verstecken, Verleihen, Zerstören von Sachen oder Schuldokumenten. E 19, 25. Dagegen genügt ein bloßes Beschädigen nicht. E 27, 122. In einem Scheinverkauf sieht E 27, 313 ein Beiseiteschaffen. Vergl. auch E 35, 62.

III. Zum **Dolus** gehört außer dem Bewußtsein, daß eine Zwangsvollstreckung in dem unter II 1 erläuterten Sinne droht, die Absicht, die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln. Gemäß der zu § 59 IV aufgestellten Auslegungsregel bezeichnet Absicht den erstrebten Erfolg. A. A. Binding, Lehrbuch 419. 420, E 27, 241: es genüge das Bewußtsein, daß der Erfolg mit Bestimmtheit eintrete. Zweifellos reicht es nicht aus, wenn der Thäter nur die Absicht hat, eine bestimmte einzelne Zwangsvollstreckung zu vereiteln, zumal dann, wenn er aus dem Erlöse veräußerter Sachen den Gläubiger befriedigen will. Anderseits braucht die Absicht nicht dahin zu gehen, die Befriedigung völlig zu vereiteln.

IV. Ist aus besonderen Gründen die Veräußerung rechtlich geboten, so ist sie nicht strafbar; z. B. Zahlung einer fälligen Schuld. Ebenso v. Liszt § 138. A. A. R 1, 37.

V. Wer mit Kenntnis der Verhältnisse, insbesondere auch der Absicht des Thäters, Sachen von ihm erwirbt, macht sich der **Beihilfe** schuldig. E 20, 214. Aber auch dieser Satz muß insofern eingeschränkt werden, als ein Recht auf den Erwerb, z. B. auf Geldzahlung, die Rechtswidrigkeit beseitigt. Nach Meyer 596 ist der dritte niemals strafbar.

VI. Idealkonkurrenz ist möglich mit § 137, sofern die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat (s. o. I 1 a. E.). Ebenso E 17, 42, Olsh. 18, Binding, Lehrb. 420.

Digitized by Google

§ 289.

Wer seine eigene bewegliche Sache, oder eine fremde bewegliche Sache zu Gunsten des Eigentümers derselben, dem Nutznießer, Pfandgläubiger oder demjenigen, welchem an der Sache ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht zusteht, in rechtswidriger Absicht wegnimmt, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Die Bestimmungen des § 247 Absatz 2 und 3 finden auch hier Anwendung.

I. Diebstahl (§ 242) kann nur an einer fremden Sache begangen werden, die Wegnahme der eigenen Sache aus fremdem Gewahrsam ist selbst dann nicht Diebstahl, wenn durch sie ein fremdes Recht verletzt wird. Die vorliegende Stelle bestraft aber derartige Fälle unter dem Gesichtspunkte des strafbaren Eigennutzes und schafft somit ein dem römischen furtum possessionis entsprechendes Delikt. Zugleich aber geht die Stelle weiter, indem sie dem Eigentümer denjenigen gleichstellt, der die Wegnahme in dessen Interesse ausführt.

II. **Objekt** des Delikts ist eine solche bewegliche Sache, an welcher ein Nießbrauchs-, ein Pfand-, ein Gebrauchs- oder Zurückbehaltungsrecht besteht. Ob ein solches Recht begründet ist, bemißt sich selbstverständlich nach bürgerlichem Recht. Was speziell das Gebrauchsrecht betrifft, so muß es nicht gerade dinglichen Charakters sein. Daher kann das Delikt auch durch Wegnahme einer auf bestimmte Zeit verliehenen Sache begangen werden. Richtet sich die Handlung gegen ein fremdes Pfandrecht, so spricht man wohl von **Pfandkehr**, und manche, wie z. B. Binding, Lehrb. 317, dehnen diese Bezeichnung auch auf die übrigen Fälle aus.

III. Die **Handlung** besteht in dem Wegnehmen. Ein durchschlagender Grund, weshalb hier der Begriff des Wegnehmens anders gefaßt werden sollte als im § 242, ist absolut nicht ersichtlich. Es muß also die Sache aus dem Gewahrsam einer der im Gesetze bezeichneten Personen weggenommen werden. So im Prinzip auch E **25**, 115. **27**, 222. Das erste dieser Urteile erklärt daher die Stelle für unanwendbar, wenn der Hypothekenschuldner bewegliche, von der Hypothek ergriffene Zubehörstücke veräußert. Ebensowenig würde sie aber auch dann zutreffen, wenn der Schuldner gepfändete Gegenstände verkauft, die der Gerichtsvollzieher in seinem Gewahrsam gelassen hat. Abweichend nehmen Binding, Lehrb. 318, Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts (1893) 113, v. Liszt § 129, Olsh. 7 in wesentlicher Übereinstimmung an, der Begriff des Wegnehmens sei hier ein anderer als im § 242, setze keinen Gewahrsamsbruch voraus und fordere lediglich die Vereitelung der Rechtsausübung. Diese Auffassung ist indessen ohne Anhalt im Gesetz. Die Praxis ist ihr allerdings insofern entgegengekommen, als sie den heimlich ausziehenden („rückenden") Mieter schon dann bestraft, wenn der Vermieter vorher nicht den Gewahrsam der eingebrachten Sachen des ersteren erlangt hatte. E **1**, 429. **3**, 57. **4**, 43. **6**, 321. **22**, 126. **25**, 115. Wegen Beseitigung des Kahlpfändungsrechts s. § 2 IV 3. Es erklärt aber E **35**, 150 ein vertragsmäßiges alle eingebrachten Sachen umfassendes Zurückbehaltungsrecht für giltig. Die Zerstörung steht der Wegnahme nicht gleich. E **15**, 434. A. A. Olsh. 7.

IV. **In subjektiver Beziehung** ist insbesondere die Kenntnis des fremden Nießbrauchs, Pfandrechts usw. erforderlich. In dieser Beziehung genügt dol. event.

Digitized by Google

Vergl. Frank, Ztschr. 14, 409. A. A. E 21, 312. Außerdem verlangt das Gesetz folgendes:

1. Bei jedem Thäter muß eine rechtswidrige Absicht vorliegen, d. h. die Absicht, die Ausübung des Nießbrauchs, Pfandrechts usw. zu vereiteln. Dabei bezeichnet Absicht den erstrebten Erfolg. Vergl. § 59 IV. Ebenso E 21, 312. 28, 348, wohl auch Olsh. 11. Dagegen hält Binding, Lehrb. 320 Absicht für gleichbedeutend mit Vorsatz.
2. Ist der Thäter nicht selbst der Eigentümer der Sache, so muß die Wegnahme zu Gunsten des Eigentümers erfolgen, d. h. sie muß erfolgen, um dem Eigentümer die thatsächliche Ausübung desjenigen Rechts zu gewähren, das dem andern zusteht. Mangelt es an dieser Absicht, so kann Diebstahl vorliegen. Notwendig aber ist das nicht.

V. Verletzt ist derjenige, dessen Rechtsausübung vereitelt werden soll. Ihm steht daher der **Strafantrag** zu.

VI. Wegen Abs. 5 vergl. die Ausführungen zu § 247.

§ 290.

Öffentliche Pfandleiher, welche die von ihnen in Pfand genommenen Gegenstände unbefugt in Gebrauch nehmen, werden mit Gefängnis bis zu Einem Jahre, neben welchem auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden kann, bestraft.

I. Die hier ausnahmsweise unter Strafe gestellte **Gebrauchsanmaßung** entspricht einem Teil des römischen furtum usus.

II. **Öffentliche Pfandleiher** sind solche, die ihr Geschäft offenkundig derart betreiben, daß sie individuell unbestimmten Personen zugänglich sind. Auf die Konzessionierung (GO § 34) kommt es nicht an. E 8, 253. 269.

III. **Unbefugt** ist jedes Ingebrauchnehmen, das nicht mit Genehmigung des Verpfänders erfolgt. Enthält das Gebrauchen zugleich ein Verbrauchen, so kann Idealkonkurrenz mit Unterschlagung vorliegen. Ebenso Olsh. 6. Dagegen halten E 15, 147, Binding, Lehrb. 322 u. Köhler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz (1900) 41 in diesem Falle nur § 246 für anwendbar.

§ 291.

Wer die bei den Übungen der Artillerie verschossene Munition, oder wer Bleikugeln aus den Kugelfängen der Schießstände der Truppen sich widerrechtlich zueignet, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

I. Da der Militärfiskus regelmäßig nach der verschossenen Munition suchen läßt, so kann diese nicht als derelinquiert gelten. Dagegen kann der Fiskus unter Umständen den Gewahrsam an der verschossenen Munition verlieren. Dies zwar nicht an solchen Geschossen, die in Kugelfänge eingeschlagen sind, wohl aber an verflogenen Geschossen. Soweit der Gewahrsam erhalten bleibt, würde demnach die rechtswidrige Zueignung als Diebstahl, soweit er nicht erhalten bleibt, als Unterschlagung anzusehen sein. Das Gesetz aber vereinigt die verschiedenen Fälle zu einer Einheit und schafft daraus ein besonderes Vergehen, das als solches weder mit Diebstahl noch mit Unterschlagung konkurrieren kann, weil es je nach den Um-

Digitized by Google

ständen Spezialfall des einen oder des andern Delikts ist. So die meisten, vgl. bes. Lehr, An welchen Sachen kann kein eigentlicher Diebstahl begangen werden? (1894) 21 ff., Hälschner 2, 312, Meyer 574, wohl auch Binding, Lehrbuch 311. Dagegen hält Olsh. 3 Idealkonkurrenz für möglich. Ohne genügenden Grund nehmen v. Liszt § 129 und R 2, 490 an, daß die Zueignung aus geschlossenen Schießplätzen oder Kugelfängen als gemeiner Diebstahl anzusehen sei. Dagegen stimmt v. Liszt mit der hier vertretenen Ansicht insofern überein, als er die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz bestreitet.

II. Die Aneignung muß widerrechtlich sein. Vgl. S. 10. Aus dem dort Gesagten folgt, daß, wenn ausnahmsweise das Eigentum an der Munition als aufgegeben gelten muß, wie namentlich bei Schießübungen auf dem Meere, die vorliegende Stelle keine Anwendung findet. So besonders auch Binding, Lehrb. 310, v. Liszt § 129, wohl in Widerspruch mit der herrschenden Lehre.

§ 292.

Wer an Orten, an denen zu jagen er nicht berechtigt ist, die Jagd ausübt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Ist der Thäter ein Angehöriger des Jagdberechtigten, so tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

I. Objekt des widerrechtlichen Jagens („Wilderei", „Wildern", „Wilddieberei") bilden nicht okkupierte, also herrenlose, jagdbare Tiere. Ein bereits okkupiertes Tier ist Objekt des Diebstahls, der Unterschlagung, des Mundraubs. Über die Frage, wann die Okkupation eintritt, vergl. § 242 III 2b. Welche Tiere jagdbar sind, beurteilt sich nach bürgerlichem Rechte, und zwar ist nach EGzBGB Art. 60 das Landesrecht maßgebend. Nach ALR II 16 § 32 sind in Ermangelung örtlicher Vorschriften solche Tiere jagdbar, welche zur Speise benutzt zu werden pflegen. Örtliche Vorschriften aber, welche den Begriff der jagdbaren Tiere weiter ausdehnen, bestehen im Gebiete des ALR's vielfach. So ist in den Gebieten des ehemaligen Herzogtums Magdeburg und des ehemaligen Herzogtums Halberstadt der Fuchs jagdbar. RG. i. Arch. 45, 46. Ferner nimmt die herrschende Lehre (E 8, 71) an, daß im gesamten Geltungsgebiet des preuß. Wildschongesetzes v. 26./2 1870 der Dachs jagdbar sei. Das Gleiche wird für das Gebiet des Landrechts bezgl. des Fischotters zu behaupten sein. E 24, 338. Dagegen wird die Jagdbarkeit des wilden Kaninchens im Gebiete des preuß. Wildschadensges. vom 11./7 1891 verneint. § 15 das. Wesentlich weiter als das ALR gehen das bayerische Recht (E 19, 349) und das württembergische (Kübel, Württemberg. Gerichtsblatt 15, 294 ff.), indem sie die Jagdbarkeit auf alle nutzbaren Tiere erstrecken. Sehr weitgehend auch das großherz. hessische Ges. vom 19./7 1858, das in den an Preußen abgetretenen Gebietsteilen des Großherzogtums noch gilt. Sofern das Landesrecht nicht das Gegenteil ergiebt, erstreckt sich die Jagdbarkeit auch auf das Fallwild und dessen einzelne Teile, mag es durch natürliche Ursachen eingegangen sein oder nicht (Fallwild im engern und weitern Sinne). E 3, 226. 13, 84. 18, 226. Dagegen ist umgekehrt die Jagdbarkeit abgeworfener Wildstangen ohne entgegenstehende Bestimmung des Landesrechts zu verneinen. So (verneinend) für das Gebiet des ALR's E 13, 84. Anders für Württemberg Kübel a. a. O. 300. Wegen der Eier jagdbarer Vögel s. § 368 Nr. 11. Nichtjagdbare Tiere unterliegen dem freien Fange. Jedoch gewährt das Reichsges. v. 22./3 1888 zahlreichen nicht jagdbaren Vögeln einen besondern Strafschutz. Außerdem greifen zuweilen landsrechtliche Vorschriften ein, welche das Fangen

Digitized by Google

nichtjagdbarer Tiere auf fremden Grundstücken untersagen. So preuß. Feld- und Forstpolizeigef. § 33. Der Umstand, daß Tiere zu gewissen Zeiten (Schonzeiten) oder bis zur Erreichung einer gewissen Größe oder eines gewissen Alters landesrechtlich nicht erlegt werden dürfen, steht ihrer Jagdbarkeit nicht entgegen. Im Gegenteil wird zuweilen aus der Unterwerfung unter die Schonzeit der Schluß auf die Jagdbarkeit gezogen.

II. Die **Handlung** besteht in dem unberechtigten Ausüben der Jagd. Dem Wortlaute nach bedeutet Jagdausübung diejenige Thätigkeit, welche zum Zwecke des Erlegens vorgenommen wird. Es wird mithin, wenn man den Ausdruck in diesem Sinne nimmt, ein lebendes Tier als Objekt vorausgesetzt. Dies ist nach Dalcke, Das preußische Jagdrecht (3. Aufl. 1895) 200 auch der rechtliche Sinn. Dagegen versteht die herrschende Lehre, die sich auf die Praxis des früheren preußischen Strafgesetzbuches (§ 274) berufen kann, unter Jagdausübung jeden Eingriff in die dem Jagdberechtigten zustehende Befugnis der Okkupation des Wildes. Läßt man dies gelten, so umfaßt die Jagdausübung folgendes:

1. die Besitzergreifung mit Zueignungsabsicht;
2. unter Umständen die Besitzergreifung ohne Zueignungsabsicht, dann nämlich, wenn sie eine Gefährdung des Wildes oder des Wildstandes enthält. Z. B. es fängt jemand einen Hasen, um ihn in anderm (ebenfalls fremdem) Jagdgebiet wieder laufen zu lassen. Die herrschende Lehre lehnt die hervorgehobene Einschränkung hier stillschweigend ab, muß aber zufolgedessen zu unbrauchbaren Ergebnissen gelangen. Wenn ein Spaziergänger einen Hasen aufgreift, um ihn zu betrachten und dann an Ort und Stelle wieder laufen zu lassen, so ist gar nicht zu verstehen, wieso darin eine Beeinträchtigung fremden Jagdrechts liegen soll. Das Gleiche gilt beim Aufnehmen von Fallwild, um es dem Jagdberechtigten zu bringen.
3. Erlegen des Wildes (oder Fangen in Schlingen oder Gruben) ohne Absicht der Besitzergreifung;
4. jede auf eins der vorbezeichneten Ziele gerichtete Thätigkeit, wenn und sofern sie sich bereits als Eingriff in die Okkupationsbefugnisse des Berechtigten darstellt. Dies aber thut sie wiederum nur, sobald sie eine Gefährdung des Wildes oder des Wildstandes enthält. In diesem Momente liegt der Anhaltspunkt für die Abgrenzung der straflosen Vorbereitungs- und Versuchshandlungen von dem vollendeten Delikt. Die herrschende Lehre (vergl. Binding, Lehrb. 330, RG i. Arch. 48, 366) rechnet natürlich ebenfalls mit diesem Gegensatz, sie erkennt aber das hier aufgestellte Kriterium nicht an und betont wesentlich den Begriff der „Jagdausübung". Wer Patronen zum Zwecke des Wilderns anfertigt, wer sich zum gleichen Zwecke in ein fremdes Jagdrevier begiebt, übt zweifellos noch nicht die Jagd aus. Dagegen findet die herrschende Lehre eine Jagdausübung schon darin, daß jemand, mit Schlingen ausgerüstet, in fremdem Jagdgebiet die zum Legen geeignete Stelle aufsucht. E 11, 249. R 8, 378. Von dem hier vertretenen Standpunkte aus ist dies eine straflose Vorbereitungshandlung (s. jedoch § 368 Nr. 10). Das Gleiche gilt, wenn jemand Fallwild in fremdem Jagdgebiete nur aufsucht. A. A. Olsh. 12; dagegen mit Recht Dalcke, Jagdrecht 208. Vergl. auch Binding, Lehrb. 329. Wohl aber liegt Jagdausübung in dem Anstehen, selbst mit ungeladenem, aber leicht schußfertig zu machendem Gewehr (E 11, 422. 20, 4); ebenso in dem Treiben in fremdem Jagdgebiete, um das Wild zum Herübertreten auf das eigene zu veranlassen. Vergl. R 10, 331. RG i. Arch. 48, 366 macht hierzu jedoch die Einschränkung, daß das Herübertreiben immerhin unmittelbar die Okkupation (?) ermöglichen müsse. In dem bloßen Anfangen mit der Schlingenlegung liegt m. E. nur eine Vorbereitungshandlung. A. A. E 11, 249. Viel zu weit aber geht Ziebarth, Das Forstrecht (1887/89)

Digitized by Google

387, wenn er schon das Schaden stiftende Aufstören des Wildes als Jagdausübung betrachtet.

In den Fällen unter 1. 2 und 4 kommt es nach dem oben Gesagten nicht darauf an, ob sich die Handlung gegen lebendes oder gegen Fallwild richtet.

III. **Die Jagd muß an einem Ort ausgeübt sein, an dem der Thäter zum Jagen nicht berechtigt ist**, d. h. an einem solchen Orte, an dem eine andre Person exklusiv zum Jagen befugt ist. Auf Gebieten mit freier Jagd kann daher das Delikt nicht begangen werden, z. B. nicht auf offenem Meere. Im übrigen erscheint es strafrechtlich gleichgiltig, ob jene Befugnis auf dem Rechte der Jagd oder auf dem Rechte der Jagdausübung beruht. Über diesen Unterschied s. v. Brünneck, Arch. f. d. zivil. Praxis 48, 80 ff. Wer als Eigentümer eines kleinen Grundstücks darauf zwar das Recht der Jagd, aber nicht das der Jagdausübung hat (mehrere kleine Grundstücke sind zur gemeinsamen Bejagung an einen dritten verpachtet worden), kann sich des widerrechtlichen Jagens schuldig machen. Umgekehrt kann das Delikt nicht begehen, wem kraft des Rechts der Jagdausübung, die exklusive Befugnis zu jagen zusteht, selbst dann nicht, wenn er die ihm im Pachtvertrage vorgeschriebenen Bedingungen übertritt, sollten diese auch gesetzlich geboten sein. Ebenso bes. Olsh. 9. Die Möglichkeit der Thäterschaft kann ferner zufolge eines prekaristischen Verhältnisses entfallen, wie es z. B. bei Jagdgästen vorkommt, denn die Widerrechtlichkeit wird durch Erlaubnis beseitigt. Nach dem oben Gesagten ist es auch zweifellos, daß der mit dem Rechte der Jagd oder der Jagdausübung Versehene die vorliegende Stelle nicht übertritt, wenn er etwa dem Landesrecht oder dem Pachtvertrage entgegen prekaristische Jagdausübung gestattet. Doch greifen hier zuweilen landesrechtliche Strafbestimmungen ein; s. großherzogl. hess. Ges. v. 26./7 184⅝ Art. 10 und 19./7 1858 Art. 8 und dazu Urteil des Kammergerichts v. 7./3 1902. Bestritten aber ist die Frage, ob sich der Prekarist durch Überschreitung der erteilten Erlaubnis im Sinne des § 292 strafbar macht. Für die Strafbarkeit (wenigstens unter Umständen) E 9, 431, dagegen Binding, Lehrb. 325. Die Frage ist sehr zweifelhaft. Mir scheint aber, daß folgendermaßen deduziert werden muß. Der Ort, auf dem ein Prekarist jagt, ist stets ein solcher, auf dem er zu jagen nicht berechtigt ist. Seine Jagdausübung kann zwar zufolge Erlaubnis aufhören eine widerrechtliche zu sein, aber das gilt nur, soweit die Erlaubnis reicht. Somit gelange ich zur Bejahung der Strafbarkeit.

IV. Maßgebend für die Frage, wo die Jagd ausgeübt wurde, ist nicht der Standort des Jägers, sondern der des Wildes. Wer also von fremdem Jagdgebiete aus auf Wild schießt, das in seinem eigenen Jagdgebiete steht, macht sich aus § 292 nicht strafbar. Denn er verletzt kein fremdes Okkupationsrecht. Vergl. jedoch § 368 Nr. 10. Umgekehrt aber ist strafbar, wer von eigenem Jagdgebiet aus auf Wild schießt, das sich auf fremdem Jagdgebiete befindet. Ebenso greift in fremdes Okkupationsrecht ein, wer ein auf eigenem Gebiet angeschossenes Wild auf fremdes Gebiet verfolgt oder dort abholt. Denn die Jagdfolge ist, soweit ersichtlich, in Deutschland überall aufgehoben. E 18, 266.

V. Über **Wegfall der Rechtswidrigkeit** s. o. III. Außerdem greifen zahlreiche landesrechtliche Bestimmungen ein, z. B. preuß. Wildschadengesetz v. 11./7 1891 §§ 12 ff., württemberg. Ges. v. 27./10 1885 Art. 7 in der durch das Ausführungsges. z. BGB v. 28./7 1899 Art. 206 geänderten Fassung.

VI. Zum **Vorsatze** gehört das Bewußtsein, daß das gejagte Tier ein herrenloses jagdbares (E 10, 234) ist und daß da, wo gejagt wird, dem Thäter die Befugnis zum Jagen nicht zusteht. Irrtum in einer dieser Beziehungen schließt den Vorsatz auch dann aus, wenn er ein rechtlicher ist (§ 59 V 1). Es genügt aber dol. event. Nimmt umgekehrt der Thäter an, daß sich seine Handlung gegen ein herrenloses jagdbares Tier richte, während das Objekt in Wahrheit ein nichtjagdbares oder ein in fremdem Eigentume stehendes oder überhaupt kein Tier, sondern etwa ein Mensch ist,

Digitized by Google

so kann von strafbarer Jagdausübung keine Rede sein. A. A. OLG Posen, Urt. vom 9./7 1899, Arch. 46, 350. Ebenso wird der Vorsatz ausgeschlossen durch die irrtümliche Annahme eines Umstandes, der, wenn er vorläge, die Rechtswidrigkeit beseitigen würde. S. o. IV.

VII. Die **Treiber** sieht die herrschende Lehre als Gehilfen an. Dies kann indessen höchstens vom Standpunkte der subjektiven Teilnahmetheorie aus als richtig zugegeben werden. Auch der Treiber wirkt physisch auf das äußere Objekt der Handlung ein, indem er das Wild dem Schützen zutreibt. Er ist deshalb als Mitthäter anzusehen (besonders wichtig wegen § 293). Übrigens ist auch R 10, 331 mit der herrschenden Lehre kaum vereinbar. Gegen die hier vertretene Ansicht Binding, Lehrb. 329. — Wer das erlegte Wild im Einverständnis mit dem Schützen wegschafft, ist in Konsequenz der herrschenden Lehre ebenfalls Thäter. Denn wenn die Aneignung von Fallwild als Jagdausübung erscheint, dann muß auch hier das Gleiche gelten. Dagegen nehmen Oppenh.-Del. 11 nur Beihilfe an.

VIII. Das Delikt ist **relatives Antragsdelikt.** Antragsberechtigt ist derjenige, dessen exklusive Befugnis zur Ausübung der Jagd (s. o. III) verletzt wurde und bei Mehrheit der Befugten jeder für sich allein. Stehen aber von mehreren Befugten nur einzelne zu dem Thäter im Verhältnis des Angehörigen (§ 52), so ist das Delikt überhaupt kein Antragsdelikt. E 4, 158.

IX. Vergl. § 368 Nr. 10.

§ 293.

Die Strafe kann auf Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder auf Gefängnis bis zu sechs Monaten erhöht werden, wenn dem Wilde nicht mit Schießgewehr oder Hunden, sondern mit Schlingen, Netzen, Fallen oder anderen Vorrichtungen nachgestellt oder, wenn das Vergehen während der gesetzlichen Schonzeit, in Wäldern, zur Nachtzeit oder gemeinschaftlich von Mehreren begangen wird.

I. Der qualifizierte Fall des Wilderns lehnt sich unmittelbar an den Thatbestand des § 292 an. Seine Bedeutung besteht lediglich in der Zulässigkeit einer höheren Strafe. Daher fehlte es an jedem Grunde für die von der herrschenden Lehre und dem RG (E 4, 330) vertretene Ansicht, daß das **Antragserforderuis** des § 292 Abs. 2 hier wegfalle. Übereinstimmend Merkel 335, Oppenh.-Del. 6, Rüd-Stengl. 12.

II. Zu den einzelnen Strafschärfungsgründen ist zu bemerken:

1. Zu dem Nachstellen „mit anderen Vorrichtungen als mit Schießgewehr oder Hunden" gehört bspw. das Legen vergifteter Köder. E 14, 419.
2. Die gesetzliche Schonzeit bestimmt sich nach Landesrecht. Das Bewußtsein, während der Schonzeit zu jagen, gehört zum Dolus. Abweichend Oppenh.-Del. 3. Hervorzuheben ist, daß das Jagen nach jungen Tieren, die forstrechtlich nicht erlegt werden dürfen, vom Gesetze nicht als Strafschärfungsgrund benutzt wird.
3. Abgeholzte „Wälder" sind keine Wälder. Ebensowenig eine mit ganz niedrigem Bestande bewachsene Fläche. So Dalcke, Jagdrecht 216. A. A. Olsh. 4 und RG i. Arch. 46, 203. Nach diesen soll die forstwirtschaftliche Benutzung allein maßgebend sein. Man kann aber doch unmöglich eine kahle Fläche, die zum Zwecke der Bewaldung besät wird, schon jetzt als Wald bezeichnen. Vielmehr ist die forstwirtschaftliche Benutzung nur dann von Bedeutung, wenn sich eine Fläche der bezeichneten Art innerhalb eines Waldes befindet. — Bestritten ist weiter die Frage, ob hier, d. h. für die Strafschärfung, der Standort des Thäters oder des Wildes entscheidend sei. Im ersteren Sinne Binding, Lehrb. 331, Beling,

Digitized by Google

Ztschr. 18, 297. Dagegen sehen Olsh. 4 und E 25, 120 beide Orte als gleich maßgebend an.

4. Nachtzeit = Zeit der Dunkelheit. R 3, 12.
5. Zum Begriffe der gemeinschaftlichen Begehung durch mehrere gehört nicht nur das Bewußtsein der Gemeinschaftlichkeit, sondern auch ein gewisses räumliches Kooperieren in der Art, daß die Beteiligten während der Jagdausübung Fühlung miteinander behalten. Vergl. E 4, 261. Der Dolus des Wilderns muß bei mindestens zwei Teilnehmern vorliegen. E 17, 403. Jagt der eine berechtigt, der andere unberechtigt, so kann ein gemeinschaftliches Begehen nicht angenommen werden. A. A. R 8, 546. Gegen dieses Urteil Olsh. 4.

§ 294.

Wer unberechtigtes Jagen gewerbsmäßig betreibt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, sowie auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

I. Wegen des Begriffs der Gewerbsmäßigkeit s. § 74 V 5a.

II. Da hier der Thatbestand neu gegeben, die Anlehnung an § 292 also in wesentlicher Beziehung verlassen wird, so ist mit der allgemeinen Ansicht anzunehmen, daß es bei gewerbsmäßigem Wildern unter keinen Umständen eines Strafantrages bedarf.

III. Wegen der Teilnehmer vergl. § 50 II.

§ 295.

Neben der durch das Jagdvergehen verwirkten Strafe ist auf Einziehung des Gewehrs, des Jagdgeräts und der Hunde, welche der Thäter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ingleichen der Schlingen, Netze, Fallen und anderen Vorrichtungen zu erkennen, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht.

I. Von dem die Einziehung prinzipiell regelnden § 40 enthält die Stelle drei Abweichungen:

1. Die Einziehung der bezeichneten Gegenstände ist nicht in das Ermessen des Gerichts gestellt, sondern geboten.
2. Die Einziehung findet statt ohne Rücksicht darauf, wem die Gegenstände gehören. Ist der an sich einzuziehende Gegenstand jedoch mittels einer strafbaren Handlung erlangt, die in dem gleichen Verfahren zur Feststellung kommt, so ist nach StPO § 111 Rückgabe geboten. E 18, 43. A. A. v. Liszt § 134. — Da die Einziehung ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse stattfindet, so ist sie keine Strafe und daher auch bei Idealkonkurrenz mit einer höher strafbaren Handlung auszusprechen. So Olsh. 1. 6. A. A. Rüd.-Stengl. 7. E 7, 311. R 8, 330. Vergl. § 40 I. § 73 VI 2.
3. Die Einziehung des Gewehrs, des Jagdgeräts und der Hunde muß schon dann stattfinden, wenn sie der Thäter bei dem unberechtigten Jagen bei sich geführt hat, ohne Rücksicht darauf, ob er sie dazu hat gebrauchen wollen. Dagegen ist die Einziehbarkeit der Schlingen, Netze, Fallen und andern Vorrichtungen davon abhängig, daß sie der Thäter gebraucht hat oder hat gebrauchen wollen. So auch Olsh. 2. Jagdgeräte sind „solche leblose Gegenstände, welche nach ihrer Beschaffenheit an sich zur Verwendung bei der Jagd geeignet und dazu auch

Digitized by Google

dauernd bestimmt sind." Pferde, die den Schlitten gezogen haben, in dem der Wildfrevler saß, gehören mithin nicht hierher. E 22, 15. Der Schlitten selbst kann Jagdgerät sein. Ist er es nicht, so beurteilt sich seine Einziehbarkeit nach § 40, ist also davon abhängig, daß er „zur" Begehung des Deliktes gebraucht wurde, und in jedem Falle nur fakultativ. Ersteres trifft nicht zu, wenn etwa die gelegentlich durch einen Wald fahrenden Insassen von dem Schlitten aus Schüsse auf Wild abgegeben haben. E 22, 15. Hat der Schlitten nur dazu gedient, um den Thäter an das fremde Jagdgebiet zu bringen, so ist er zu einer Vorbereitungshandlung benutzt worden und daher nicht einziehbar (vergl. § 40 III 2). Nach Binding, Lehrb. 311 gehören Transportmittel niemals zum Jagdgerät.

II. Über die Unzulässigkeit des objektiven Strafverfahrens s. § 42 II 1.

§ 296.

Wer zur Nachtzeit, bei Fackellicht oder unter Anwendung schädlicher oder explodierender Stoffe unberechtigt fischt oder krebst, wird mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

I. Die Begriffe des Fischens und des Krebsens entsprechen durchaus dem des Jagens (vergl. § 292 II). Bestritten ist jedoch die Frage, ob das „Fischen" gerade in einer auf Erlangung von Fischen gerichteten Thätigkeit bestehen muß oder ob es genügt, wenn der Thäter andere unter die ausschließliche Fischereigerechtsame fallende Tiere erlangen will. Die herrschende Lehre (vergl. E 17, 161) entscheidet mit Recht im letzteren Sinne. Sie wird nicht nur durch den Zweck des Gesetzes, sondern auch durch den allgemeinen Sprachgebrauch („Perlfischerei") unterstützt. A. A. Oppenh.-Del. 2. Allerdings muß die Absicht immer auf die Erlangung von Tieren gerichtet sein, sodaß die „Bernsteinfischerei" nicht hierher gehört.

II. Die Stelle enthält qualifizierte Fälle des § 370 Nr. 4, setzt also voraus, daß das Fischen oder Krebsen an sich unberechtigt ist. Doch kann das Fischen bei Fackellicht usw. in eigenen Gewässern landesrechtlich strafbar sein. Vergl. preuß. Ges. v. 30./5 1874 § 21.

III. Wie das Komma hinter Nachtzeit ergiebt, sind der Strafschärfungsgründe drei. Das Gesetz darf nach allgemeiner Auffassung nicht so verstanden werden, als ob die Anwendung schädlicher oder explodierender Stoffe nur bei Nachtzeit strafschärfend wirkte. Als schädliche Stoffe bezeichnet preuß. Ges. vom 30./5 1874 § 21 zutreffend (so Olsh. 7) „giftige Köder oder Mittel zur Betäubung oder Vernichtung der Fische". Wegen der explodierenden Stoffe s. § 311. Wer bei Fackellicht fischt, fischt (abgesehen von den kaum praktischen Fällen dichten Nebels) zur Zeit der Dunkelheit. Deshalb kann unter Nachtzeit hier nicht, wie die herrschende Lehre behauptet, die Zeit der Dunkelheit, sondern nur die der ortsüblichen Nachtruhe verstanden werden.

§ 296a.

Ausländer, welche in Deutschen Küstengewässern unbefugt fischen, werden mit Geldstrafe bis zu sechshundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft.

Neben der Geld- oder Gefängnisstrafe ist auf Einziehung der Fanggeräte, welche der Thäter bei dem unbefugten Fischen bei sich geführt hat,

Digitized by Google

ingleichen der in dem Fahrzeuge enthaltenen Fische zu erkennen, ohne Unterschied, ob die Fanggeräte und Fische dem Verurteilten gehören oder nicht.

Eingeschoben durch Novelle vom 26./2 1876.

I. Die Seefischerei ist nicht Gegenstand eines Privatrechts, unterliegt aber völkerrechtlichen Grundsätzen. Hiernach bleibt die Fischerei in den Küstengewässern den Staatsangehörigen vorbehalten, soweit nicht ausdrückliche Ausnahmen gemacht sind. Somit handelt grundsätzlich jeder Ausländer unbefugt, der in inländischen Küstengewässern fischt. Eines besonderen Verbotes bedarf es nicht. So die herrschende Lehre. A. A. Oppenh.-Del. 5. Der Begriff der Küstengewässer beurteilt sich nach Völkerrecht. Vergl. § 250 3.

II. Über den Begriff des Fischens s. § 296. Was Gegenstand der Fischerei ist, kann sich, wie auch die herrschende Lehre annimmt, nur nach dem Rechte des Uferstaates bestimmen.

III. Thäter kann nur ein Ausländer im staatsrechtlichen Sinne sein, ein Inländer aber sich der Beihilfe oder Anstiftung schuldig machen. S. §§ 49 III 1. 48 II 6. Ob der Ausländer im Inlande oder Auslande wohnt, ist gleichgiltig. Dagegen bleibt ein ausländischer Bediensteter eines Inländers nach dem Sinne des Gesetzes straflos.

IV. Die in dem zweiten Absatze vorgeschriebene Einziehung ist obligatorisch und ohne Rücksicht auf die Eigentumsverhältnisse anzuordnen. Eine weitere Ausnahme von dem Grundsatze des § 40 liegt darin, daß auch die Fische der Einziehung unterliegen, obwohl sie nicht producta sceleris sind. Über die Einziehung des Fahrzeuges ist das zu § 295 unter I 3 Gesagte zu vergleichen. Schlechthin gegen Einziehung des Fahrzeuges Oppenh.-Del. 7, wohl auch Binding, Lehrb. 333.

V. Die Fischerei in der Nordsee außerhalb der Küstengewässer regelt sich durch den völkerrechtlichen Vertrag vom 6./5 1882 (Reichsgesetzblatt 1884 S. 25 ff.) und das deutsche Ausführungsgesetz vom 30./4 1884.

§ 297.

Ein Reisender oder Schiffsmann, welcher ohne Vorwissen des Schiffers, ingleichen ein Schiffer, welcher ohne Vorwissen des Rheders Gegenstände an Bord nimmt, welche das Schiff oder die Ladung gefährden, indem sie die Beschlagnahme oder Einziehung des Schiffes oder der Ladung veranlassen können, wird mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

I. Sog. **Gefährdung durch Kontrebande** (v. Liszt § 146), ein Delikt, das wie das vorige (§ 296a) nur von bestimmten Personen begangen werden kann. Die Begriffe des Schiffers, des Reisenden und des Schiffsmannes sind nach dem Seerecht zu bestimmen. Schiffer ist der Führer eines zum Erwerbe durch die Seefahrt bestimmten Schiffes. Was den Begriff des Schiffsmanns betrifft, so war man stets darüber einig, daß zu ihm die im Dienste des Schiffs angestellten Seefahrer gehören. Streit herrschte darüber, ob er auch angestellte Nichtseefahrer umfaßt. Bejahend die herrschende Lehre, a. A. wohl mit Recht Pappenheim, Ztschr. 13, 842. Der Standpunkt der neuen Seemannsordnung vom 2./6. 1902 ist folgender:

1. Sie dehnt den Begriff des Schiffsmanns nicht auf alle angestellten Seefahrer aus, insofern sie die Schiffsoffiziere nicht zur Seemannschaft rechnet. Die Möglichkeit, das Delikt des § 297 zu begehen, besteht indessen auch für Schiffsoffiziere, weil nach § 3 der Seemannsordnung die für den Schiffsmann geltenden Vorschriften auch auf den Seeoffizier Anwendung finden, soweit nicht ausdrücklich

Digitized by Google

ein anderes bestimmt ist. Konsequenterweise muß dies auch für die ausdrücklich den Schiffsoffizieren gleichgestellten Ärzte, Proviant- und Zahlmeister gelten, obwohl sie nicht Seefahrer sind.

2. Die Seemannsordnung dehnt den Begriff des Schiffsmanns auf alle (sonstigen) „zum Dienste auf dem Schiffe während der Fahrt für Rechnung des Rheders angestellten Personen" aus. Mithin können auch Maschinisten Schiffsmänner sein. Trotzdem wird man behaupten müssen, daß im Sinne des StGB's Schiffsmänner nur die Seefahrer und alle Schiffsoffiziere sind. (Den Lotsen schließt die Seemannsordnung selbst ausdrücklich aus; er ist nicht auf dem Schiffe „angestellt"). Soweit jemand Schiffsmann nur im Sinne der Seemannsordnung ist, gilt für ihn nur die Strafbestimmung des § 96 Nr. 5 das..

Reisender ist nicht nur, wer einen Überfahrtsvertrag geschlossen hat, sondern auch der blinde Passagier. Ebenso Binding, Lehrb. 252, Olsh. 1. A. A. Pappenheim a. a. O. Weiteres Erfordernis der Thäterschaft ist, daß der Betreffende die Reise mitmacht (folgt aus dem Worte „nimmt"). Daher kann der Befrachter regelmäßig nicht Thäter sein, ebensowenig der Schiffsmann, der für die betreffende Reise beurlaubt ist. Anstifter oder Gehilfe kann dagegen jedermann sein mit Ausnahme des Rheders.

II. Der Ansicht, daß **Vorsatz** nicht erforderlich sei (z. B. Hälschner 1, 325, Bruck. Die Fahrlässigkeit [1885] 49), kann nicht beigetreten werden. Zu dem Vorsatze aber gehört die Kenntnis der Gefährdung.

III. Die **Vollendung** des Delikts wird man auf den Augenblick der Abfahrt des Schiffs zu legen haben.

§ 298.

Ein Schiffsmann, welcher mit der Heuer entläuft, oder sich verborgen hält, um sich dem übernommenen Dienste zu entziehen, wird, ohne Unterschied, ob das Vergehen im Inlande oder im Auslande begangen worden ist, mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

I. Ein Fall des ausnahmsweise strafbaren **Vertragsbruchs**. — **Heuer** ist der Lohn des Schiffsmanns. § 298 betrifft somit den Fall, daß der Schiffsmann nach gänzlicher oder teilweiser Auszahlung der Heuer (vergl. Seemannsordnung, §§ 44 ff.) in der Absicht des Vertragsbruchs entläuft oder sich verborgen hält. Hält er sich nach Abschluß des Heuervertrages, aber vor Auszahlung der Heuer verborgen, um sich dem Antritte des Dienstes zu entziehen, so wird er nach Seemannsordnung § 93 mit Geldstrafe bis zu sechzig Mark bestraft; hält er sich (vor Auszahlung der Heuer) verborgen oder entweicht er, um sich der Fortsetzung des Dienstes zu entziehen, so trifft ihn nach der gleichen Stelle Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten. Diese beiden letzten Fälle sind nur auf Antrag des Kapitäns zu verfolgen.

II. Über den **Begriff des Schiffsmanns** s. § 297 I und u. III.

III. Seemannsordnung § 93 nimmt ausdrücklich auf die vorliegende Stelle Bezug. Hierdurch schränkt sie deren Anwendungsgebiet aber nicht soweit ein wie ihr eigenes. Daher ist die Bestrafung auf Grund des § 298 nicht davon abhängig, daß das Schiff ein Kauffahrteischiff mit dem Rechte die Reichsflagge zu führen ist; vergl. dagegen Seemannsordnung § 1. Andererseits aber hat die erwähnte Bezugnahme die Bedeutung, daß die vorliegende Stelle auch auf solche Personen Anwendung findet, die Schiffsmann lediglich im Sinne der Seemannsordnung sind.

IV. Hinsichtlich der Strafe ist zu bemerken, daß die Seemannsordnung mildernde Umstände und in diesem Falle Geldstrafe bis zu dreihundert Mark zuläßt.

Digitized by Google

Soweit aber nur das StGB anwendbar ist, kann von dieser Strafmilderung kein Gebrauch gemacht werden.

V. Wegen der **Verjährung** der unter die Seemannsordnung zu subsumierenden Fälle s. das. § 121.

§ 299.

Wer einen verschlossenen Brief oder eine andere verschlossene Urkunde, die nicht zu seiner Kenntnisnahme bestimmt ist, vorsätzlich und unbefugter Weise eröffnet, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

I **Objekt der Verletzung des Briefgeheimnisses** kann jedes verschlossene nicht zur Kenntnisnahme des Thäters bestimmte Schriftstück sein, z. B. auch Zeichnungen, Preiskurante, Visitenkarten. Denn indem das Gesetz den Brief als Beispiel einer Urkunde aufführt, bringt es zum Ausdrucke, daß es den Begriff der Urkunde im weitesten, jedes Schriftstück umfassenden Sinne gebraucht. Für den Begriff des Verschlusses sind gemäß dem Sprachgebrauch folgende Erfordernisse aufzustellen:

1. Es muß eine Vo. i htung vorhanden sein, welche dazu bestimmt ist, Unbefugten die Einsichtnahme zu verwehren.
2. Diese Vorrichtung muß aus einem „fremden" Stoffe (z. B. Gummi, Oblaten) bestehen, mag er auch mit dem des Schriftstücks gleichartig sein (z. B. ein Streifen gummierten Papiers). Ein zusammengefaltetes Schriftstück ist kein verschlossenes, selbst dann nicht, wenn bei der Zusammenfaltung ein besonderer Kunstgriff angewendet worden ist. Dagegen ist ein zusammengenähtes Schriftstück ein verschlossenes. Ebenso ein mit Bindfaden zusammengeschnürtes. Abweichend v. Liszt § 120.
3. Der Verschluß muß entweder an dem Schriftstücke selbst oder an seiner äußeren Umhüllung (z. B. dem Kuvert) angebracht sein, sodaß Schriftstück und Verschluß als Einheit erscheinen. Vergl. Kohler, Arch. für bürgerl. Recht 7, 94 ff. (bes. 115. 117), Friedländer, Zeitschr. 16, 756 ff. (bes. 781). Ein in verschlossenem Pulte befindlicher Brief ist nicht verschlossen, sondern abgeschlossen oder eingeschlossen.

II. **Die Handlung besteht in der Eröffnung des Schriftstücks.** Diese kann in jeder Weise erfolgen, durch welche der Verschluß derartig beseitigt wird, daß eine Kenntnisnahme des Inhalts möglich ist. Substantielle Verletzung des Verschlusses ist nicht erforderlich. Ein künstliches Herausnehmen des Briefes aus dem Umschlage genügt. E 20, 375. Immerhin aber bedarf es einer Änderung des räumlichen Verhältnisses zwischen Schriftstück und Verschluß, sodaß das „Hindurchlesen" oder „Hindurchleuchten" nicht strafbar ist.

Die Eröffnung muß vorsätzlicher und unbefugter Weise erfolgen. Ausnahmen von der durch das Postgesetz § 5 garantierten Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses s. StPO §§ 99. 100. KO § 121. Außerdem kann die Befugnis zur Eröffnung fremder Briefe in dem Erziehungsrechte begründet sein. Vergl. BGB § 1626. Dagegen läßt sich eine Befugnis des Ehemanns zur Eröffnung der an seine Frau gerichteten Briefe auf Grund des BGB's nicht behaupten. Ebenso Binding, Lehrb. 130.

III. Zum **Vorsatze** gehört das Bewußtsein, daß der Brief usw. nicht zur Kenntnisnahme des Thäters bestimmt ist. Er wird ausgeschlossen durch die Annahme eines solchen Umstandes, der, wenn er vorläge, eine Befugnis zur Eröffnung in sich schlösse. Die herrschende Lehre fordert Bewußtsein der mangelnden Befugnis. — Absicht der Kenntnisnahme wird nicht verlangt.

Digitized by Google

IV. **Antragsberechtigt** ist der Eigentümer der Urkunde im Augenblicke der Eröffnung, demnach bei Briefen der Absender, solange sie nicht in den Gewahrsam des Adressaten gelangt sind, später der Adressat. Ebenso Olsh. 8, v. Liszt § 120. Im Ergebnis stimmt grundsätzlich auch Friedländer a. a. O. 787. 788 überein, obwohl er die Antragsbefugnis als Ausfluß des Autorrechts ansieht. Nach anderer Ansicht sind stets Absender und Empfänger antragsberechtigt. So z. B. Merkel in Holtzend. Handb. 3. 844. Ähnlich Binding 1, 625.

V. Vergl. das Beamtendelikt des § 354.

VI. Durch Diebstahl der Urkunde wird das Delikt des § 299 konsumiert. Vergl. § 74 V 4.

§ 300.

Rechtsanwalte, Advokaten, Notare, Verteidiger in Strafsachen, Ärzte, Wundärzte, Hebammen, Apotheker, sowie die Gehilfen dieser Personen werden, wenn sie unbefugt Privatgeheimnisse offenbaren, die ihnen kraft ihres Amtes, Standes oder Gewerbes anvertraut sind, mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

I. Das **Privatgeheimnis** bestimmt Olsh. 2 im Anschluß an E **13**, 69 etwa als Mitteilung, die entweder unter der ausdrücklichen Auflage der Geheimhaltung oder unter Umständen gemacht wird, bei denen ein Interesse des Mitteilenden an der Geheimhaltung ersichtlich ist. Ähnlich Hippe, Arch. **46**, 296. Dagegen Liebmann, Die Pflicht des Arztes zur Bewahrung anvertrauter Geheimnisse (1890) 16 ff., Mittermaier, Ztschr. **21**, 202. Letzterer versteht unter einem Privatgeheimnisse thatsächliche Verhältnisse, die einen einzelnen als Privatmann betreffen und nicht einem weiteren Kreise bekannt sind, sondern nur wenigen und zwar solchen Leuten, von denen ihre Geheimhaltung erwartet werden darf. Vgl. auch Placzek, Das Berufsgeheimnis des Arztes (1898) 14 ff., Günther, Die Verschwiegenheitspflicht des Arztes (1894) 29.

In der That ist der Definition des RG's nicht beizutreten. Denn der Begriff des Geheimnisses ist unabhängig von der Mitteilung an eine Person. Ist aber eine Thatsache einem größeren Personenkreise bekannt, so kann sie durch die Mitteilung an eine dritte Person auch dann nicht zu einem Geheimnisse werden, wenn die Mitteilung unter Schweiggebot erfolgt. Anderseits ist freilich zu beachten, daß die Thatsache der Mitteilung selbst ein Geheimnis sein kann, auch wenn es die mitgeteilte Thatsache nicht ist. Z. B. hat der Verteidiger ein ihm abgelegtes Geständnis seines Klienten als Geheimnis zu bewahren, obwohl dessen Schuld allgemein bekannt ist.

II. Das Privatgeheimnis muß den im Gesetze bezeichneten Personen kraft ihres Standes oder Gewerbes **anvertraut** sein. Anvertraut ist ein Geheimnis dann, wenn es unter der ausdrücklichen oder aus den Umständen zu entnehmenden Auflage der Verschwiegenheit dem Wissen einer Person zugeführt wird. Vergl. E **13**, 60. **26**, 5. Mündliche oder schriftliche Mitteilung ist nicht erforderlich. Der Patient, der seinem Arzte nur die Symptome einer Krankheit erkennbar macht, vertraut auch dann an, wenn die Krankheit und sogar die Symptome ihm selbst unbekannt sind. Man denke an Harnuntersuchungen. Wenn Olsh. 3 auf den Begriff des Anvertrauens kein Gewicht legt, so weicht er von der hier vertretenen Auffassung nur scheinbar ab. S. o. I. Sachlich abweichend aber Mittermaier a. a. O. 203, insofern er ein Treuverhältnis fordert, kraft dessen die eine Person der andern zur Treue rechtlich oder aus andern sozialen Gründen verpflichtet ist. Dagegen ist einzuwenden, daß zur Zeit der Mitteilung ein Treuverhältnis nicht zu bestehen braucht.

Kraft des Amtes, Standes oder Gewerbes wird ein Geheimnis anvertraut, wenn es der betr. Person vermöge ihrer Berufsthätigkeit zugänglich geworden

Digitized by Google

ist. In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird der Anvertrauende den Zweck verfolgen, den andern zu einer Berufsthätigkeit zu veranlassen.

III. Die **Handlung** besteht in der unbefugten Offenbarung des Privatgeheimnisses. Offenbarung bedeutet nicht etwas der Öffentlichkeit kund geben, sondern dem Wissenskreise irgend jemandes zuführen. Eine förmliche Mitteilung ist hier ebensowenig erforderlich wie beim Anvertrauen. Auch derjenige offenbart, der einem andern Einblick in Geheimakten gewährt. Der Umstand, daß der dritte eine Person ist, auf deren Verschwiegenheit der Offenbarende rechnet und rechnen darf, steht nicht entgegen. Ebenso Mittermaier a. a. O. 211, im wesentlichen auch Hippe a. a. O. 290 und jetzt auch Olsh. 8.

Viel schwieriger ist die Frage, wann die Offenbarung unbefugt geschieht. Eine Befugnis ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Anvertrauende seine Genehmigung erteilt, ferner wenn eine Rechtspflicht zur Offenbarung besteht oder wenn das Recht wenigstens die Offenbarung gestattet. So Olsh. 9. Eine Rechtspflicht zur Offenbarung wird bes. begründet durch § 139, sowie durch Ges. betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten v. 30./6 1900 §§ 1 ff. In Preußen gilt, soweit dieses Gesetz nicht einschlägt, die Kabinetsordre v. 8./8 1835. Weitergehende Polizeiverordnungen sind das. ungiltig. S. Kammergericht, Urt. v. 9./10 1902 i. d. D. JB 1903 Nr. 1. Als gestattet ist die Offenbarung namentlich in den Fällen der Zeugnisablegung anzusehen. So die herrschende Lehre. Der Umstand, daß ein Recht der Zeugnisverweigerung gegeben ist, steht nicht entgegen. Für die Richtigkeit dieser Ansicht spricht eine Vergleichung von ZPO § 376, StPO § 53 einerseits und ZPO § 383, StPO § 52 anderseits. S. darüber Fromme, Die rechtliche Stellung des Arztes (1902) 19 ff. (mit zahlreichen Belegen aus der Litteratur und Rechtsprechung). Es werden aber auch solche Fälle hierher gerechnet werden müssen, bei denen es an ausdrücklichen Bestimmungen fehlt, die Befugnis zur Offenbarung aber das unumgängliche Mittel zur Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung ist. Andernfalls könnte z. B. ein Arzt sein Honorar unter Umständen nicht mit Erfolg einklagen, er wäre also rechtlos gestellt. Vergl. darüber bes. Mittermaier a. a. O. 217 ff., das das. 229 angeführte Urteil des LG. Hamburg, Binding, Lehrb. 128. Endlich ist hervorzuheben, daß auch bei Pflichtenkollision (s. § 52 IV) eine Befugnis zur Offenbarung selbst dann bestehen kann, wenn das Gesetz die Offenbarung nicht (wie im Falle des § 139) ausdrücklich fordert. Demgemäß ist z. B. der Hausarzt mindestens befugt, eine ansteckende Krankheit des Gesindes oder des Bräutigams der Tochter zu offenbaren. Über derartige Fälle s. bes. Placzek a. a. O. — Wissenschaftliche Interessen berechtigen nicht zur Offenbarung.

IV. **Thäter** kann nur eine der im § 300 bezeichneten Personen sein. Bezüglich der Ärzte ist es fraglich, ob lediglich die approbierten unter das Gesetz fallen oder jeder, der sich sonst gewerbsmäßig mit der Ausübung der Heilkunde von Menschen befaßt. Die Frage ist in ersterem Sinne zu entscheiden; dafür spricht namentlich § 277. So auch die herrschende Lehre. Tierärzte gehören nicht hierher. Olsh. 5, Hippe a. a. O. 288. — Zu bemerken ist, daß den Rechtsanwälten usw. ihre Gehilfen gleichgestellt sind. Daraus folgt, daß die Mitteilung an einen Gehilfen grundsätzlich nicht als ein strafbares Offenbaren anzusehen ist. Zu den Gehilfen eines Arztes wird man namentlich auch zur Assistenz zugezogene Studenten zu rechnen haben, selbst dann, wenn sie in erster Linie lernen sollen. Veröffentlichen sie einen interessanten Fall unter Bruch des ärztlichen Geheimnisses (Namensnennung), so machen sie sich strafbar. Haben sie nicht als Gehilfen fungiert, so trifft die Strafe den Arzt, der ihnen die Fälle unter Namensnennung mitteilt. — Dritte Personen können sich der Teilnahme schuldig machen.

V. **Vorsatz** ist erforderlich. Demnach muß der Thäter besonders wissen, daß das, was er offenbart, ein Privatgeheimnis in dem mitgeteilten Sinne ist.

Digitized by Google

VI. Die Frage der **Antragsberechtigung** ist bestritten. Aus dem unter I vertretenen Begriffe des Privatgeheimnisses folgt, daß jedenfalls derjenige verletzt und demgemäß zum Strafantrage berechtigt ist, dessen Interesse durch die Offenbarung verletzt wird. Ebenso v. Liszt § 120, Meyer 624. Dagegen hält die herrschende Lehre lediglich denjenigen für antragsberechtigt, der dem Thäter das Geheimnis anvertraut hat. Binding, Lehrb. 128, Olsh. 11, E 13, 60. Mit Recht hebt aber Mittermaier a. a. O. 205 hervor, daß sowohl der eine als auch der andere als antragsberechtigt angesehen werden muß. Denn allerdings ist auch der „Treugeber" durch den Vertrauensbruch verletzt.

VII. Strafbare Verletzungen von Privatgeheimnissen finden sich auch außerhalb des StGB's. S. Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs §§ 9, 10, GUBG § 151, UBG f. d. Land- und Forstwirtschaft § 161. Dagegen gehört StGB § 184 b nicht hierher.

Die Frage, ob landesgesetzliche Strafbestimmungen noch Giltigkeit haben, ist zu bejahen, sofern sie sich auf andere Personenklassen als das Reichsrecht beziehen. Ebenso Olsh. 1 und E 15, 40. A. A. Hippe, a. a. O. 286.

VIII. Über die Stelle vom ärztlichen Standpunkte aus bes. Aschaffenburg in Hoches Handb. d. gerichtl. Psychiatrie (1901) 119 ff. (zitiert nach dem S. A.), derf. i. d. ärztl. Sachverständigenzeitung 1901 Nr. 23.

§ 301.

Wer in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben Schuldscheine, Wechsel, Empfangsbekenntnisse, Bürgschaftsinstrumente oder eine andere, eine Verpflichtung enthaltende Urkunde ausstellen oder auch nur mündlich ein Zahlungsversprechen erteilen läßt, wird mit Gefängnis bis zu sechs Monaten oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

I. Die Stelle ist ebenso wie die folgende einem preußischen Gesetze von 1857 nachgebildet. Sie soll das Kreditgeben an Minderjährige erschweren und unter Umständen strafbar machen.

II. Die Handlung richtet sich gegen Minderjährige, gleichgiltig, ob sie aus einem besonderen Grunde unbeschränkt geschäftsfähig sind. Namentlich hat man trotz BGB § 3 Abs. 2 auch die für volljährig erklärten Minderjährigen hierher zu rechnen. A. A. Binding, Lehrb. 447, Olsh. 1. Kenntnis der Minderjährigkeit gehört zum Vorsatze. Das konkrete Verhalten des Minderjährigen (das Versprechen desselben) muß auf Unerfahrenheit oder Leichtsinn zurückführbar sein (vergl. § 302 a IV 2), der Thäter muß von diesen Eigenschaften Kenntnis haben und auf sie seinen Plan zur Erreichung der gewinnsüchtigen Absicht bauen. E 31, 18. An dieser Benutzung wird es im allgemeinen fehlen, wenn der Vater oder Vormund gleichzeitig seine Genehmigung erteilt, nicht aber, wenn dies erst nachträglich geschieht. E 6, 47. Die gewinnsüchtige Absicht wird man nicht mit der Bereicherungsabsicht identifizieren dürfen, sondern im Sinne des Strebens nach einem unangemessenen Vorteile deuten müssen. Binding, Lehrb. 446 fordert die Absicht, einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu erlangen, aber es scheint (vergl. das. 447 und Grundriß 2, 254), daß er das Erstreben des normalen Geschäftsgewinnes für genügend hält. So wohl auch E 6, 47 und v. Liszt § 142.

III. Dies vorausgesandt, besteht die Handlung darin, daß sich der Thäter von dem Minderjährigen ein Versprechen leisten „läßt". Ob die Initiative dazu von dem Thäter

Digitized by Google

oder von dem Minderjährigen ausgeht, wird man allerdings mit Olsh. 5 und E 31, 118 für gleichgiltig zu erklären haben, immer aber muß die Leistung des Versprechens auf die Benutzung der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns zurückführbar sein. Wer also weiter nichts thut, als ein leichtsinnig gegebenes Versprechen annimmt, macht sich nicht strafbar. Durch diese Einschränkung wird nicht, wie Olsh. 5 behauptet, der Grundsatz aufgehoben; denn die Benutzung des Leichtsinns kann auch in einer vorausgehenden Handlung, z. B. im Liefern von Näschereien, bestehen. Anderseits ist es gleichgiltig, an wen die Leistung erfolgen soll, ob an den Thäter oder an einen dritten. Was den Inhalt der versprochenen Leistung betrifft, so ist zu unterscheiden:

1. ein bloß mündlich gegebenes Versprechen eines Minderjährigen fällt nur dann unter das Gesetz, wenn es auf Geldzahlung gerichtet ist. Das „nur mündlich" erteilte Zahlungsversprechen bildet den Gegensatz zu dem schriftlichen. Deshalb genügt auch eine konkludente Handlung. So Olsh. 5, E 31, 118 und jetzt auch Oppenh.-Del. 8;
2. eine schriftlich erklärte Zusage fällt dagegen ohne Rücksicht auf den Inhalt der versprochenen Leistung unter das Gesetz. Ebenso Oppenh.-Del. 7. Abweichend Olsh. 5, der Geld oder geldwerte Sachen verlangt.

IV. **Antragsberechtigt** ist der Minderjährige als der Verletzte. Vergl. § 65. Die Antragsfrist beginnt, sobald der Minderjährige das Bewußtsein erlangt, daß eine Benutzung seines Leichtsinns oder seiner Unerfahrenheit in gewinnsüchtiger Absicht vorliegt. Vergl. E 6, 47. S. § 61 VIII 1.

§ 302.

Wer in gewinnsüchtiger Absicht und unter Benutzung des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Minderjährigen sich von demselben unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Beteuerungen die Zahlung einer Geldsumme oder die Erfüllung einer anderen, auf Gewährung geldwerter Sachen gerichteten Verpflichtung aus einem Rechtsgeschäfte versprechen läßt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Dieselbe Strafe trifft denjenigen, welcher sich eine Forderung, von der er weiß, daß deren Berichtigung ein Minderjähriger in der vorbezeichneten Weise versprochen hat, abtreten läßt.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Die Stelle hebt aus dem Thatbestande der vorigen die Fälle hervor, bei denen das Versprechen auf Leistung von Geld oder geldwerten Sachen gerichtet ist, und erklärt sie für strenger strafbar, sofern das Versprechen unter einer besonderen Bindung des Gewissens abgegeben wird. Außerdem dehnt die Stelle die Strafe auf den Zessionar (den „neuen Gläubiger") aus. Aber auch bei diesem wird gewinnsüchtige Absicht (s. § 301 II) verlangt. Wer daher nicht die Absicht der Einziehung oder weiteren Übertragung der Forderung hat, sondern sie sich etwa als Freund des Minderjährigen abtreten läßt, um die Angelegenheit aus der Welt zu schaffen, macht sich nicht strafbar.

§ 302a.

Wer unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen mit Bezug auf ein Darlehen oder auf die Stundung

Digitized by Google

einer Geldforderung oder auf ein anderes zweiseitiges Rechtsgeschäft, welches denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen soll, sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den üblichen Zinsfuß dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnisse zu der Leistung stehen, wird wegen Wuchers mit Gefängnis bis zu sechs Monaten und zugleich mit Geldstrafe bis zu dreitausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

I. Die den **Wucher** betreffenden §§ 302a—302d sind durch Gesetz vom 24./5 1880 eingefügt worden. Dazu ist seit der Novelle vom 19./6 1893 § 302e getreten. Seitdem ist nicht nur der **Kreditwucher**, sondern auch der **Sachwucher** strafbar, letzterer allerdings nur dann, wenn er gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betrieben wird. Gleichzeitig ist der den Kreditwucher prinzipiell regelnde § 302a erweitert worden. Die staatsrechtliche Giltigkeit der Novelle ist übrigens bestritten, weil sie erst nach Ablauf der Legislaturperiode desjenigen Reichstags, der sie beschlossen hatte, verkündet wurde. Vergl. darüber Jastrow in der „Nation" 1892/93 Nr. 42, Geiershöfer, Das geltende deutsche Wucherrecht (1893), Seuffert, Ztschr. **14**, 607. — Den Wucherparagraphen nachgebildet Börsengesetz § 76.

II. Der **Kreditwucher** läßt sich im Anschluß an das Gesetz definieren als die Übervorteilung einer Person mit Bezug auf ein Darlehen, eine Stundung einer Geldforderung oder ein gleichen Zwecken dienendes zweiseitiges Rechtsgeschäft unter Ausbeutung ihrer Notlage, ihres Leichtsinns oder ihrer Unerfahrenheit.

Der Umstand, daß die Übervorteilung sich auf ein Darlehen usw. beziehen muß, hebt den Kreditwucher von dem Sachwucher ab. Die heutige Fassung der Stelle unterscheidet sich von der älteren durch zwei Momente:

1. Erst durch die Novelle vom 19./6 1893 sind zweiseitige Rechtsgeschäfte, welche denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen sollen wie das Darlehen oder eine Stundung, diesen gleichgestellt worden. Der wirtschaftliche Zweck des Darlehens besteht in der Erlangung baren Geldes. Der wirtschaftliche Zweck der Stundung einer Geldforderung besteht darin, daß der Schuldner für eine gewisse Zeit der Notwendigkeit überhoben wird, sich bares Geld von dritter Seite zu verschaffen. Hiernach bestimmt sich der Begriff der Geschäfte, welche denselben wirtschaftlichen Zwecken dienen sollen wie Darlehen. Z. B. es wird dem Geldbedürftigen eine Forderung, die ihm gegen einen dritten zusteht, unter dem Werte abgekauft und ihm so bares Geld verschafft. Oder: der Gläubiger kauft dem um Stundung bittenden Schuldner Mobiliar weit unter dem Werte ab. **E 25**, 315. Vergl. auch **E 28**, 135. Begrifflich liegt hier nicht Kredit-, sondern Sachwucher vor, der aber hinsichtlich seiner Strafbarkeit dem Kreditwucher gleichgestellt wird. Daß Rückkaufsgeschäfte unter das Gesetz fallen können, wurde schon unter der alten Fassung angenommen. **E 4**, 202 (vergl. jetzt Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16./5 1894). Wesentlich enger Binding, Lehrb. 454 und v. Liszt § 143, insofern sie nur solche Geschäfte hierher rechnen, bei denen der Schuldner eine Geldsumme zurückzahlen soll. Übereinstimmend dagegen **E 35**, 111.
2. Anstatt der Worte „mit Bezug auf ein Darlehen" usw. lautete die ältere Fassung: „für ein Darlehen oder im Falle der Stundung einer Geldforderung". Hierauf gründete sich die Ansicht, daß der wucherische Vermögensvorteil das Äquivalent für die Hingabe des Darlehns sein müsse. Man sah insbesondere als ausgeschlossen an: Provisionen, die sich ein dritter für Vermittelung des Darlehens versprechen oder gewähren läßt (**E 5**, 366), ferner Vergütungen, die, ohne vorher zugesagt zu sein, erst

Digitized by Google

bei Rückzahlung des Darlehens gewährt werden (E 4, 202). — Die neuere Fassung ist gewählt worden, um auch derartige irgendwie zu einem Darlehen oder einer Stundung in Beziehung stehende Übervorteilungen zu treffen. E 27, 190. Demnach würde z. B. der für die Auflösung eines pact. de mutuo dando gewährte Vorteil unter das Gesetz fallen. Gleichwohl hat das RG in E 28, 288 es abgelehnt, Provision für die Vermittelung des Darlehens hierher zu rechnen. An dieser bedenklichen Auffassung, welche auch Olsh. 5 vertritt, hält E 29, 78 fest, läßt jedoch eine Verurteilung unter dem Gesichtspunkte des Sachwuchers (§ 302 e) zu.

III. Die **Übervorteilung** anlangend, so wird ein Zinsmaximum nicht festgesetzt, wohl aber eine Überschreitung des üblichen Zinsfußes verlangt, und zwar in dem Maße, daß „nach den Umständen des Falles die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen". Bestritten ist, ob dabei der Wert der Leistung vom Standpunkte des Gläubigers oder von dem des Schuldners aus zu berechnen sei. Ersterer Ansicht mit Recht die herrschende Lehre und E 11, 388. 20, 279, letzterer Ansicht v. Lilienthal, Ztschr. 8, 208, v. Liszt § 143. Es ist klar, daß man danach zu sehr verschiedenen Ergebnissen gelangen kann. Z. B.: ein vermögender, aber augenblicklich in einer Notlage befindlicher Kaufmann bedarf zur Vermeidung einer Zwangsvollstreckung eines Darlehens von 1000 Mk., das er gegen 100 Proz. erhält. Die Abwendung der Zwangsvollstreckung ist ihm vielleicht mehr wert, als die 1000 Mark Zinsen, die er zu zahlen hat; deshalb läge nach v. Lilienthal kein Wucher vor. Die herrschende Lehre würde dagegen vorwiegend das Risiko des Gläubigers in Betracht ziehen und, wenn dieses gering oder völlig ausgeschlossen war, den Wucher bejahen. Vergl. E 4, 390. 5, 9. Übrigens wird durch E 3, 218 ein Urtheil bestätigt, das bei 210 Proz. aus besonderen konkreten Gründen Wucher verneint hatte.

Es fragt sich aber weiter: wie sind Leistung und Vermögensvorteil gegeneinander abzuwägen, wenn der Gläubiger außer dem Darlehensgeschäft (dem ersten Geschäft) noch ein anderes entgeltliches Geschäft mit dem Schuldner abschließt? Z. B.: er macht die Hingabe des Darlehens davon abhängig, daß ihm der Geldsuchende Lotterielose abkauft. Das RG (E 20, 279) vertritt hier den Standpunkt, daß die Leistung aus dem ersten Geschäft in Vergleich zu setzen sei mit dem Vermögensvorteil aus dem zweiten, und hält an dieser Auffassung selbst dann fest, wenn dieser letztere Vermögensvorteil von einer dritten Person gewährt wird. (E 31, 239: ein Versicherungsagent gewährt ein Darlehen nur unter gleichzeitigem Abschlusse eines Versicherungsvertrags, für den ihm seine Gesellschaft Provision zahlt; Verurteilung wegen Wuchers). In den beiden vom RG entschiedenen Fällen hatte, soweit ersichtlich, der Darlehensschuldner bei dem zweiten Geschäft nur eine solche Leistung zugesagt, die der Gegenleistung bei eben diesem Geschäfte durchaus angemessen war; ebenso angemessen waren die Zinsen für das Darlehen; endlich ist bei dem zweiten Falle nicht davon die Rede, daß die Versicherung besonders hoch gewesen wäre. Alles das läßt die Auffassung des RG's höchst bedenklich erscheinen, zumal da das zweite Urteil ausdrücklich erklärt, daß es auf den Vorteil, der durch die Versicherung dem Versicherten erwachse, nicht ankomme. Man erwäge den sehr häufigen Fall, daß eine Brauerei einem in Not befindlichen Gastwirte Geld leiht gegen das Versprechen, sein sämtliches Bier auf mehrere Jahre von der Gläubigerin zu kaufen. Hier wie überall wird zu beachten sein, daß sich Leistung und Vorteil auf beiden Seiten durch das zweite Geschäft vermehren.

IV. Der Thäter muß unter **Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit** des Bewucherten handeln.

1. Die Notlage muß eine wirtschaftliche, und zwar eine dringende, d. h. die wirtschaftliche Existenz bedrohende, wenn auch nur vorübergehende, Geldverlegenheit sein. E 4, 390. 28, 288, v. Liszt § 142. Eingebildete Notlage genügt nicht. E 28, 288. A. A. Binding, Lehrb. 456. Eine gänzliche finanzielle Deroute darf nicht verlangt werden. E 5, 9. Vielmehr kann sich auch ein Wohlhabender in Notlage befinden.

Digitized by Google

Der Umstand, daß das Darlehen zu produktivem Zwecke benutzt werden soll, steht der Notlage an sich keineswegs entgegen. E 4, 390.

2. Leichtsinnig handelt derjenige, „welcher den Folgen seiner Handlung aus Sorglosigkeit oder aus Mangel genügender Überlegung die ihnen zukommende Bedeutung nicht beilegt".
3. Unerfahrenheit bedeutet mangelnde Geschäftskenntnis. Z. B. der Geldsuchende erkennt nicht die Tragweite des Geschäfts, oder er hat nicht die nötige Einsicht in die Möglichkeit, sich anderweit Geld zu verschaffen. R 3, 680. Vergl. auch E 25, 315.

Einen dieser Umstände muß der Thäter „ausbeuten", das heißt: er muß wissen, daß er bei dem Geldsuchenden vorliegt, und er muß ihn in gewinnsüchtiger Absicht benutzen. Vergl. § 301.

V. **Thäter** ist derjenige, der sich oder einem dritten die Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt. Auch eine Mittelsperson (Agent) kann daher Thäter sein. Der Gläubiger wird in diesem Falle meist als Anstifter, u. a. auch als Gehilfe erscheinen. Ohne hinreichenden Grund betrachtet das RG (s. bes. E 35, 111) den Gläubiger auch dann als Thäter, wenn er bei dem Abschlusse des Geschäfts nicht mitwirkt und ihm thatsächlich nichts „gewährt" wird. Dagegen beurteilt es den Agenten nach § 302 e oder als Teilnehmer. — Der Bewucherte ist niemals strafbarer Teilnehmer. S. S. 69.

VI. Die **Vollendung** tritt schon ein, sobald sich der Thäter den Vermögensvorteil hat versprechen lassen, selbstverständlich aber mit der Absicht, sich die versprochene Leistung demnächst auch wirklich zu verschaffen. E 15, 333. Die thatsächliche Entgegennahme der Leistung kommt, wenn sie der Thäter sich in diesem Sinne hat versprechen lassen, nur noch insofern in Betracht, als die **Verjährung** mit ihr zu laufen beginnt. E 32, 143.

§ 302 b.

Wer sich oder einem Dritten die wucherlichen Vermögensvorteile (§ 302a) verschleiert oder wechselmäßig oder unter Verpfändung der Ehre, auf Ehrenwort, eidlich oder unter ähnlichen Versicherungen oder Beteuerungen versprechen läßt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und zugleich mit Geldstrafe bis zu sechstausend Mark bestraft. Auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

I. Unter Verschleierung versteht man den Fall, daß die Übervorteilung verdeckt, d. h. „daß der unter den Thatbestand des Wuchers fallenden Vereinbarung der Vertragschließenden eine unwahre, den Wucher verhüllende Form gegeben wird" sodaß also der das Geschäft prüfende dritte die Übervorteilung schwer erkennt. Z. B.: in der Schuldurkunde erscheinen die hohen Zinsen als Kapital. Entsprechendes Bewußtsein auf seiten des Thäters gehört zum Vorsatze. Einer Täuschung des Schuldners bedarf es nicht. E 18, 332. 21, 434. R 4, 385.

II. Zur wechselmäßigen Verpflichtung genügt es nicht, wenn für die Prolongation eines Wechsels besonders hohe Zinsen bedungen, diese aber selbst nicht wechselmäßig verbrieft werden. R 7, 486. — Die Übergabe eines Blankoakzepts hält Olsh. 2 für ausreichend. A. A. Hälschner 2, 440.

§ 302 c.

Dieselben Strafen (§ 302a, § 302b) treffen denjenigen, welcher mit Kenntnis des Sachverhalts eine Forderung der vorbezeichneten Art erwirbt und entweder dieselbe weiter veräußert oder die wucherlichen Vermögensvorteile geltend macht.

Digitized by Google

Die Stelle betrifft den sog. Nachwucher, auch Mitwucher genannt. — Zu vergleichen ist § 302 Abs. 3. Im Gegensatz zu dieser Stelle genügt hier die Kenntnis des Sachverhalts nicht, sondern es muß die Forderung thatsächlich weiter veräußert oder es müssen die „wucherlichen" Vorteile thatsächlich geltend gemacht sein. — Dolus subsequens reicht leider nicht aus.

§ 302 d.

Wer den Wucher (§§ 302 a bis 302 c) gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betreibt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten und zugleich mit Geldstrafe von einhundertfünfzig bis zu fünfzehntausend Mark bestraft. Auch ist auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zu erkennen.

Da die Gewohnheitsmäßigkeit stets eine Mehrzahl von Vergehungen fordert (§ 74 V 5 a), so können solche Fälle, die zur Zeit ihrer Begehung nicht strafbar waren, nicht zur Begründung der Gewohnheitsmäßigkeit herangezogen werden. Dagegen nimmt das RG an, daß die Gewerbsmäßigkeit, weil sie lediglich durch eine bestimmte Absicht charakterisiert werde, auch aus Fällen geschlossen werden könne, die vor dem Wuchergesetze (bezw. vor der Novelle) liegen. E 5, 369.

§ 302 e.

Dieselbe Strafe (§ 302 d) trifft denjenigen, welcher mit Bezug auf ein Rechtsgeschäft anderer als der im § 302 a bezeichneten Art gewerbs- oder gewohnheitsmäßig unter Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines Anderen sich oder einem Dritten Vermögensvorteile versprechen oder gewähren läßt, welche den Wert der Leistung dergestalt überschreiten, daß nach den Umständen des Falles die Vermögensvorteile in auffälligem Mißverhältnis zu der Leistung stehen.

I. Unter diese Stelle fällt der sog. **Sachwucher**, besser: Geschäftswucher, sofern er nicht bereits durch § 302 a getroffen wird. S. daselbst II 1. Dahin gehören namentlich der Vieh-, Land- und Waarenwucher. Z. B.: Der Handelsmann A „leiht" dem Bauer B ein Kalb im Werte von 50 Mark, so lange bis dieses Kalb selbst zwei Kälber geworfen haben werde. Alsdann sollen sämtliche Tiere verkauft und der Erlös geteilt werden. Die Fütterung liege inzwischen dem Bauer ob. Vergl. über derartige Verträge namentlich „Der Wucher auf dem Lande" in den Schriften des Vereins für Sozialpolitik Bd. 35, v. Lilienthal Ztschr. 8, 157 ff. Außerdem können aber auch Arbeitsverträge von beiden Seiten aus unter dem Gesichtspunkt des Wuchers erscheinen.

II. Über den Thatbestand ist § 302 a zu vergleichen. S. bes. das. V. Zu bemerken sind folgende Abweichungen:

1. Das Kriterium für den wucherischen Charakter des Geschäfts kann natürlich nicht in der Überschreitung des üblichen Zinsfußes, sondern nur in der Überschreitung des Wertes der Leistung gefunden werden. Bei der Bemessung des Wertes der Leistung ist das in Betracht zu ziehen, was der andere Teil nach dem Inhalte der Vereinbarung zu beanspruchen hat, nicht, was ihm thatsächlich gewährt wird. E 29, 78. Vergl. § 302 a III.
2. Strafbar ist der Geschäftswucher — im Gegensatz zum Geldwucher — nur dann, wenn er gewerbs- oder gewohnheitsmäßig betrieben wird. Vergl. § 74 V 5 a.

III. Zum Dolus gehört auch die Kenntnis der Umstände, welche für die Abmessung des Wertes der Leistung und der Vermögensvorteile maßgebend sind. E 29, 78.

Digitized by Google

Sechsundzwanzigster Abschnitt.

Sachbeschädigung.

Auf die Materie der Sachbeschädigung beziehen sich außer den im folgenden gegebenen Vorschriften die durch EG § 2 Abs. 2 aufrechterhaltenen Bestimmungen der landesrechtlichen Forst- und Feldpolizeigesetze. Vergl. EG § 2 II 1. IV. Die Abgrenzung des Reichsrechts gegenüber dem Landesrechte erfolgt durch die Feld- und Forstpolizeigesetze. Vergl. auch § 370 Nr. 1. 2. 6.

§ 303.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, wird mit Geldstrafe bis zu eintausend Mark oder mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Verfolgung tritt nur auf Antrag ein.

Ist das Vergehen gegen einen Angehörigen verübt, so ist die Zurücknahme des Antrages zulässig.

I. **Objekt** der Sachbeschädigung ist wie beim Diebstahl eine in fremdem Eigentum stehende (s. jedoch § 304) körperliche Sache ohne Rücksicht darauf, ob sie einen Vermögenswert hat oder nicht. Vergl. § 242 I. III. Doch schließt bei Zerstörung oder Beschädigung einer wertlosen Sache die Annahme, daß der Verletzte nichts dagegen einzuwenden habe, den Dolus aus. E 10, 120. S. u. IV. Daß eine sog. Sachgesamtheit als solche nicht unter den Begriff der Sache fällt, wird jetzt allgemein zugegeben. Vergl. BGB § 90. Das Auseinandertreiben eines Bienenschwarms ist demnach nur dann Sachbeschädigung, wenn dabei (bewußtermaßen) die einzelnen Bienen beschädigt werden. Immerhin will Binding, Lehrb. 248 das Auseinanderwerfen gesetzter Lettern als Sachbeschädigung bestrafen. — Im Gegensatze zum Diebstahl kann aber Objekt der Sachbeschädigung auch eine unbewegliche Sache sein (bes. §§ 304. 305).

II. Die **Handlung** ist entweder eine Beschädigung oder eine Zerstörung.

1. Die Beschädigung erfordert eine Einwirkung auf die Substanz der Sache, eine Beseitigung ihrer Unversehrtheit. Wer die Sache lediglich dem Eigentümer entzieht, begeht daher keine Sachbeschädigung. Dies gilt z. B. für das Fliegenlassen eines Vogels. A. A. Binding, Lehrb. 249 (die Sache werde insofern zerstört, als sie aufhört eine fremde zu sein). Allerdings kann hierin Sachbeschädigung liegen, sofern der Vogel im weiteren Verlauf — etwa durch die Kälte — beschädigt wird und der Thäter dies voraussieht, unter der Bedingung jedoch, daß der Vogel in dem kritischen Augenblicke nicht herrenlos geworden ist. Zweifellos ist das Ausströmenlassen von Gas, das Auslaufenlassen von Wein als Sachbeschädigung anzusehen, weil hier die Sachsubstanz als solche zerstört wird. Das Gleiche gilt, wenn etwa ein Buch ins Wasser geworfen wird, wegen der Beschädigung, die es durch das Wasser erleidet. Anders jedoch, wenn die hineingeworfene Sache den Einwirkungen des Wassers nicht unterliegt, z. B. ein goldener Ring. So im Prinzip die herrschende Lehre und E 13, 27. Abweichend Berner 631. Daß Herabdrückung des Markt- oder Börsenpreises einer Sache nicht hierher gehört, ist zweifellos. S. darüber Börsengef §§ 75. 76. — Das Beschmutzen einer Sache rechnen allgemein hierher Oppenh.-Del. 8, dagegen Olsh. 4 nur dann, wenn der Schmutz die Sache angreift, was beim Beschmutzen von Wäsche stets, beim Beschmutzen von Metall nur ausnahmsweise der Fall sei. Der von Olsh. aufgestellte Gesichtspunkt dürfte in dem Sinne richtig sein, daß sich

Digitized by Google

die Beschmutzung als Sachbeschädigung darstellt, sofern sie mittels Angreifens der Sachsubstanz eine bemerkbare Abnutzung derselben bewirkt. Das wird beim Beschmutzen der Wäsche keineswegs immer zutreffen. Ähnlich Binding, Lehrb. 248, der diesem Fall den andern gleichstellt, daß die Sache durch Beschmutzung aus einer seither ungebrauchten zu einer gebrauchten wird.

Anderseits liegt nicht in jeder Verletzung der Substanz eine Sachbeschädigung. Es kommt vielmehr darauf an, ob die Brauchbarkeit der Sache beeinträchtigt wird oder nicht. Vergl. v. Liszt § 132. E 33, 177. Die mit Tinte ausgeführte Korrektur eines Druckfehlers kann z. B. die Brauchbarkeit eines wissenschaftlichen Werkes erhöhen, die eines Prachtwerkes dagegen vermindern. Umgekehrt liegt bei zusammengesetzten Sachen (corp. ex cohaerentibus) unter Umständen eine Beschädigung schon in der Trennung der einzelnen Teile voneinander oder in der Aufhebung ihres funktionellen Zusammenwirkens. Z. B. eine Maschine wird durch Einfügung eines Keils zum Stehen gebracht. E 20, 182. Vergl. dazu Entsch. des bayerischen Oberst. Landesgerichts in Strafsachen 1, 195. Von diesem Standpunkte aus vorschreitend, sieht E 31, 329 Sachbeschädigung in dem Ausheben eines Wegweisers oder eines solchen Steins, der in die Erde fest eingefügt ist, um als Merkmal für den Wasserstand („Präzisionsnivellement") zu dienen (bedenklich!). Eine Wertsminderung darf schon deshalb nicht gefordert werden, weil auch eine wertlose Sache Objekt der Sachbeschädigung sein kann. Deshalb sind selbst Fälle denkbar, bei welchen trotz Wertserhöhung Sachbeschädigung vorliegt. Z. B. Bemalen einer Leinewand. Oder: der Verkäufer einer fehlerhaften Sache beseitigt den Mangel und vermindert so deren Brauchbarkeit im Prozesse als Augenscheinsobjekt. E 33, 177. Bei Vornahme einer Reparatur wird es nicht zulässig sein, lediglich deshalb Sachbeschädigung anzunehmen, weil sie zunächst mit einer Verletzung der Substanz verbunden ist. Die Thätigkeit muß vielmehr als Ganzes angesehen werden. E 33, 177 läßt diese Frage offen, verneint aber die Sachbeschädigung wegen mangelnden Vorsatzes. Vergl. übrigens auch Heimberger, Strafrecht und Medizin (1899) 46.

2. Die Zerstörung ist ein erhöhter Grad der Beschädigung, derart, daß die Sache für ihre Zwecke völlig unbrauchbar wird. Eine teilweise Zerstörung (wichtig wegen § 305) liegt vor, wenn entweder einzelne Bestandteile der Sache mit selbständiger Bestimmung für diese unbrauchbar gemacht sind (Geländer bei der Brücke), oder wenn die ganze Sache für einzelne ihrer Zweckbestimmungen untauglich geworden ist (eine Brücke kann zwar noch zum Gehen, aber nicht mehr zum Fahren gebraucht werden). So R 7, 274.

III. Die **Rechtswidrigkeit** der Handlung wird besonders ausgeschlossen durch Einwilligung des Eigentümers (E 27, 420), durch erlaubte Selbsthilfe, durch Notstand und Notwehr (s. o. S. 87 ff.). Spezialbestimmungen gelten vielfach hinsichtlich der in fremden Jagdgebieten umherlaufenden Hunde. Prinzipiell läßt sich die Behauptung, daß der Jagdberechtigte zur Tötung befugt sei, nicht aufstellen. Nur auf Grund besonderer Vorschriften, meist sehr partikulärer Natur (vergl. EG z. BGB Art. 69), kann die Frage bejaht werden. S. E 7, 128. 23, 296. 24, 62, 225. Fehlt es an derartigen Bestimmungen, so kann u. U. die Tötung wegen Notstandes oder Notwehr straflos sein, wegen letzterer, sofern man Notwehr gegen Tiere für zulässig hält. Vergl. § 53 I 2.

IV. Zum **Dolus** gehört das Bewußtsein, daß die Sache eine fremde ist und daß sie durch die Handlung beschädigt oder zerstört wird. Außerdem finden die Ausführungen zu § 239 IV entsprechende Anwendung.

V. **Antragsberechtigt** ist jeder durch die Handlung unmittelbar Verletzte, nicht nur, wie v. Liszt § 132, Merkel 317, Meyer 538, Olsh. 13 annehmen, der Eigentümer. Z. B. gehören auch hierher der Mieter, der Käufer, wenn er die Gefahr trägt, der Entleiher. E 1, 306. 4, 326. 8, 399. Über den Begriff der Angehörigen vergl. § 52.

Digitized by Google

VI. **Idealkonkurrenz** ist namentlich möglich mit dem Delikte des § 133. Denn dort wird nicht vorausgesetzt, daß die Sache eine fremde sei. Dagegen ist Idealkonkurrenz ausgeschlossen mit den Delikten der §§ 274. 317 (E 34, 249). — Wegen des Verhältnisses der Sachbeschädigung zum Diebstahl s. § 242 VII 2a. § 243 III 6. § 73 VIIc β.

VII. Der **Versuch** ist trotz des Vergehenscharakters strafbar.

§ 304.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig Gegenstände der Verehrung einer im Staate bestehenden Religionsgesellschaft, oder Sachen, die dem Gottesdienste gewidmet sind, oder Grabmäler, öffentliche Denkmäler, Gegenstände der Kunst, der Wissenschaft oder des Gewerbes, welche in öffentlichen Sammlungen aufbewahrt werden oder öffentlich aufgestellt sind, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Nutzen, oder zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze oder Anlagen dienen, beschädigt oder zerstört, wird mit Gefängnis bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark bestraft.

Neben der Gefängnisstrafe kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

I. **Der hier behandelte Fall der Sachbeschädigung unterscheidet sich von dem des § 303 dadurch, daß die Sache für den Thäter keine fremde zu sein braucht.** Zerstörungen oder Beschädigungen, die der Eigentümer an eigenen Sachen vornimmt, sind im allgemeinen zwar nicht rechtswidrig und insoweit auch nicht auf Grund des § 304 strafbar; wohl aber können sie auf Grund besonderer Umstände rechtswidrig werden und sind in diesem Falle nach § 304 zu beurteilen. Mit Recht bemerkt Binding, Lehrb. 251: „Die Einwirkung des Eigentümers auf seine Sache wird freilich nur dann deliktisch, wenn ihm dieselbe mit Rücksicht auf die Allgemeinheit untersagt ist." Namentlich werden hier Friedhofsordnungen, Bauordnungen und dergl. einschlagen. Auch zufolge besonderer Übereinkunft können Deformationen als rechtswidrig erscheinen. Z. B.: es wird die Aufstellung eines Wetterhäuschens von der Stadtverwaltung erlaubt, sofern es gewissen ästhetischen Anforderungen entspricht. — Die herrschende Lehre stimmt hiermit insofern überein, als sie die Möglichkeit einer Thäterschaft des Eigentümers annimmt. Vergl. E 5, 318 und R 10, 595.

II. Die **Beschädigungshandlung** muß hier derartig sein, daß sie den Gegenstand in derjenigen Beziehung minder tauglich oder nützlich macht, vermöge welcher er gerade unter § 304 gehört. E 5, 318. Wer also einen Gegenstand, der zum öffentlichen Nutzen dient, beschädigt, ohne dabei dessen eigentümliche Brauchbarkeit zu verringern, kann nicht auf Grund des § 304 bestraft werden. Das würde z. B. zutreffen, wenn jemand unbefugterweise eine zur Straßenbeleuchtung dienende Gaslaterne anzündet.

III. Zum **Vorsatze** gehört insbesondere das Bewußtsein von der eigentümlichen Bedeutung des Gegenstandes.

IV. Die **Objekte** brauchen (auch abgesehen von den Grabmälern und öffentlichen Denkmälern) keine beweglichen Sachen zu sein. Im übrigen ist zu den einzelnen Objekten folgendes zu bemerken:

1. Der wiederholt auftretende Begriff des „Öffentlichen" bedeutet hier wie immer eine gewisse Beziehung zu einem individuell nicht bestimmten Personenkreise. Daß irgendwo ein „öffentliches Eigentum" gemeint sein sollte, ist nicht ersichtlich. Öffentlich heißt demnach: allgemein sichtbar, allgemein zugänglich, allgemein benutzbar.

Digitized by Google

2. Wird ein Grabmal beschädigt usw., so liegt nach dem zu § 168 II Bemerkten nicht gleichzeitig eine Beschädigung des Grabes vor.
3. Zum öffentlichen Nutzen können auch solche Gegenstände dienen, die nicht von jedermann gebraucht werden dürfen. E 31, 143. Auch Wege gehören hierher. E 28, 117. Sind sie aber gebaute Straßen (also nicht bloß ausgetreten) so fallen sie unter § 305.
4. Zur Verschönerung öffentlicher Wege, Plätze usw. dienen namentlich häufig Bäume und sonstige Anpflanzungen. Ob bei einer Beschädigung oder Zerstörung solcher Gegenstände die Feldpolizeigesetze zur Anwendung kommen oder § 304, oder beide in Idealkonkurrenz, richtet sich in erster Linie nach den Feldpolizeigesetzen selbst. (Das preußische Feld- und Forstpolizeigesetz [§ 30 Nr. 5] tritt gegenüber § 304 zurück). Stellt sich jedoch die Vorschrift des § 304 als die speziellere gegenüber dem Feldpolizeigesetz dar, so kommt die erstere Stelle zur Anwendung. Olsh. 6. Dabei wird aber immer gemäß dem unter II Ausgeführten eine Beschädigung vorausgesetzt, welche den Verschönerungszweck beeinträchtigt. E 7, 190. 9, 219.
5. Ein Dienen zum öffentlichen Nutzen oder zur Verschönerung ist nicht schon durch das rein thatsächliche Verhältnis gegeben, der Gegenstand muß vielmehr durch einen menschlichen Willen die entsprechende Bestimmung erlangt haben. Anderseits aber ist nicht erforderlich, daß diese Bestimmung von Anfang an (bei der Anbringung usw. des Gegenstandes) getroffen worden sei. E 9, 26. Der Umstand, daß der Gegenstand gleichzeitig Erwerbszwecken dient, steht nicht entgegen. Demgemäß rechnet E 34, 1 den Motorwagen einer für den öffentlichen Verkehr bestimmten Straßenbahn hierher.

V. Die Verfolgung ist im Gegensatze zu § 303 nicht von einem Strafantrage abhängig.

VI. Spezialbestimmungen enthalten die §§ 315. 317. 318 a.

§ 305.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig ein Gebäude, ein Schiff, eine Brücke, einen Damm, eine gebaute Straße, eine Eisenbahn oder ein anderes Bauwerk, welche fremdes Eigentum sind, ganz oder teilweise zerstört, wird mit Gefängnis nicht unter Einem Monat bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. Bezüglich der Eigentumsverhältnisse kehrt diese Stelle zu der Regel des § 303 zurück.

II. Die Handlung ist nur ein — gänzliches oder teilweises — Zerstören. Vergl. § 303 II 2. Eine Beschädigung der aufgezählten Gegenstände fällt unter § 303 oder § 304.

III. Die einzelnen Objekte zählen mit Ausnahme der Schiffe zu den unbeweglichen Sachen und werden sämtlich dem Begriffe des Bauwerks untergeordnet. Will man diesen letzteren Begriff sich nicht ganz verflüchtigen lassen, so muß man daran festhalten, daß unter einem Bauwerke eine unbewegliche Sache zu verstehen ist. Die Subsumtion der Schiffe unter die Bauwerke erklärt sich nur daraus, daß nach älterem Zivilrecht Schiffe häufig zu den unbeweglichen Sachen gezählt wurden. Ebenso E 15, 203. 30, 246, R 6, 477. (Dagegen will Olsh. 2 den unbeweglichen Sachen diejenigen gleichstellen, welche in volkswirtschaftlicher Hinsicht dieselbe Bedeutung beanspruchen, z. B. transportable Mühlen; a. A. auch Binding, Lehrb. 250.) Selbstverständlich ist aber nicht jede unbewegliche Sache ein Bauwerk. E 15, 263 fordert: Herstellung durch menschliche Kunst und Arbeit derart, daß das Werk sich als ein selbständiges, in sich abgeschlossenes Ganze

Digitized by Google

darstellt. Dahin zählen: Fischteiche, Mauern, Hofthore (R 2, 140), auch im Rohen noch unfertige Neubauten (E 30, 246); nicht aber: ein Schornstein, der einen Bestandteil des Hauses bildete und bei einem Brande allein stehen geblieben ist. E 27, 420.

IV. Zu den speziell aufgezählten Objekten ist zu bemerken:

1. Über den Begriff des Gebäudes s. § 243 III.
2. Als Schiffe können nur größere Fahrzeuge, nicht bloße Kähne angesehen werden. Denn nur für größere ist die Gleichstellung mit unbeweglichen Sachen gerechtfertigt. Ebenso die herrschende Lehre.
3. Zum Begriffe der Brücke fordert E 24, 26 „ein Bauwerk von einiger Erheblichkeit, d. h. von einer gewissen Größe, inneren Festigkeit und nicht ganz unbedeutender Tragfähigkeit." Bloße Stege gehören nicht hierher und werden im Sinne des Gesetzes auch kaum als „ein anderes Bauwerk" angesehen werden dürfen. S. jedoch R 5, 383. Darauf, ob die Brücke öffentliche Wege verbindet, kommt es nicht an.
4. Zu den gebauten Straßen (Gegensatz: natürliche Straßen) pflegt man auch Kanäle zu rechnen. Jedenfalls aber fallen diese unter den Begriff der andern Bauwerke. Vergl. § 304 IV 3.
5. Über den Begriff der Eisenbahn s. § 315. Zweifellos handelt es sich hier nur um die mit Schienensträngen versehene Straße, nicht um die Wagen und Lokomotiven. Sind die Schienen in die Straßen eingelassen, so stellen sie jedenfalls ein Bauwerk dar; s. Olsh. 2. Deshalb ist die Streitfrage über den Begriff der Eisenbahn hier nahezu müßig.

V. Strafantrag ist nicht erforderlich. Vergl. §§ 303. 304.

Siebenundzwanzigster Abschnitt.

Gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen.

I. Die in diesem Abschnitte behandelten Delikte haben das Gemeinsame, daß durch sie eine Gefahr hervorgerufen wird, deren Umfang sich nicht übersehen läßt. Ob eine Gemeingefahr, d. h. eine Gefährdung individuell unbestimmter Personen oder Sachen zum Thatbestande des einzelnen Delikts gehört, kann freilich nicht schon aus seiner Aufnahme in den 27. Abschn., sondern nur aus dem Deliktsbegriffe selbst geschlossen werden. Ist der Eintritt der Gemeingefahr im Einzelfalle erforderlich, so ist das Delikt ein konkretes (spezielles), andernfalls ein abstraktes (generelles) Gefährdungsdelikt. (Gegen diesen Begriff Binding, Grundriß 3, 3). Vergl. einerseits § 312, anderseits § 306. Über das Wesen der Gefahr § 1 II und über das der Gemeingefahr insbesondere v. Rohland, Die Gefahr im Strafrecht (1888), Siebenhaar, Ztschr. 4, 245. Siehe auch Vorbem. z. 29. Abschn..

II. E 14, 214 erklärt die gemeingefährlichen Verbrechen oder Vergehen sämtlich für Dauerdelikte (§ 74 V 5 b) in dem Sinne, daß sie solange begangen würden, als die Gefahr andaure. Dagegen betont Olsh. 2 mit Recht, daß es stets auf den Thatbestand des einzelnen Delikts ankomme.

§ 306.

Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bestraft, wer vorsätzlich in Brand setzt:

1. ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude,
2. ein Gebäude, ein Schiff oder eine Hütte, welche zur Wohnung von Menschen dienen, oder

Digitized by Google

3. eine Räumlichkeit, welche zeitweise zum Aufenthalt von Menschen dient, und zwar zu einer Zeit, während welcher Menschen in derselben sich aufzuhalten pflegen.

I. **Objekt** der schweren Brandstiftung kann sein:

1. ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude. Vergl. § 243 II. In diesem Falle ist die Zeit der Begehung unerheblich;
2. ein Gebäude (vergl. § 243 III 1 und E 32, 128), ein Schiff (ohne Rücksicht auf die Größe) oder eine Hütte, welche zur Wohnung von Menschen dienen (vergl. § 243 VIII). Unter Hütte versteht E 17, 179 ein selbständiges unbewegliches Ganze, das eine nicht völlig geringfügige Bodenfläche bedeckt und zum Schutze gegen äußere Einwirkungen in einer dem jeweiligen Zwecke genügenden Dauerhaftigkeit und Festigkeit, sei es durch Wand oder Dach oder sonst ausreichend bestimmt ist. Das Urteil bezieht sich speziell auf § 308; in der vorliegenden Stelle kann es auf die Größe der bedeckten Bodenfläche nicht ankommen, sofern nur die Hütte zur Wohnung von Menschen dient. — Die Zeit der Begehung ist auch in diesem Falle unerheblich;
3. eine Räumlichkeit, welche zeitweise zum Aufenthalt von Menschen dient. Unter Räumlichkeit ist ein irgendwie abgeschlossener beweglicher oder unbeweglicher Raum zu verstehen (Olsh. 7), z. B. ein Künstlerwagen oder ein Zirkus. — In diesem Falle liegt schwere Brandstiftung nur dann vor, wenn die That zu einer Zeit begangen wird, während welcher sich Menschen in der Räumlichkeit aufzuhalten pflegen.

In keinem der verschiedenen Fälle ist es erforderlich, daß sich zur Zeit der That Menschen in der Räumlichkeit wirklich befinden. Dem gesetzgeberischen Gedanken zufolge genügt eine abstrakte Gefährdung von Menschen, die sich daraus ergiebt, daß die Räumlichkeit ihrer Bestimmung oder ihrem Gebrauche nach Menschen zum Aufenthaltsorte dient oder zu dienen pflegt.

Endlich kommen in keinem der verschiedenen Fälle die Eigentumsverhältnisse in Betracht. Auch der Eigentümer selbst kann demnach Thäter sein.

II. Die **Handlung** besteht darin, daß eine Sache in Brand gesetzt wird. Demnach gehört zur Vollendung jedenfalls das Brennen. Dieses unterscheidet sich einerseits von dem Ankohlen, Anglimmen, anderseits von der völligen Zerstörung, der Einäscherung. Ein Gegenstand brennt, wenn ihm das Feuer derartig mitgeteilt ist, daß es sich auch nach Entfernung des Zündstoffs an dem Gegenstande weiter zu verbreiten vermag. Ähnlich E 1, 375. 7, 131. 25, 326, Binding, Grundriß 3, 15, Olsh. 2. Ausbruch heller Flamme gehört umsoweniger zum Thatbestande, als eine Sache auch durch nur glimmendes Feuer zerstört werden kann. E 18, 362. Handelt es sich um die Inbrandsetzung eines Gebäudes, so genügt nach dem Gesagten zum Thatbestande des vollendeten Delikts das Brennen eines neben dem Hause lagernden Holzhaufens selbst dann nicht, wenn bereits die Flammen an das Haus schlagen oder es ankohlen. Ebensowenig ist das Delikt dann vollendet, wenn bei einer von innen heraus vorzunehmenden Brandstiftung das Feuer nur etwa auf dem Speicher lagerndes Heu ergriffen hat. Ist dagegen ein Gebäudeteil selbst in der oben näher bezeichneten Weise in Brand gesetzt, so ist die Brandstiftung vollendet. Dabei ist aber hervorzuheben, daß immer die Möglichkeit einer Weiterverbreitung des Feuers an dem ganzen Gebäude vorliegen muß.

III. Zum **Vorsatze** gehört:

1. das Bewußtsein des Inbrandsetzens;
2. die Kenntnis der eigentümlichen Qualität der Sache, z. B. daß sie ein zu gottesdienstlichen Versammlungen bestimmtes Gebäude ist. Fehlt diese Kenntnis, so sind folgende Unterscheidungen von Wichtigkeit:

Digitized by Google

a) Der Thäter verwechselt eine der im § 306 genannten Räumlichkeiten mit einer andern in derselben Stelle genannten. Ein solcher Irrtum ist unerheblich, weil die einzelnen Objekte rechtlich gleichwertig sind. Ebenso Binding, Grundriß **3**, 17. Vergl. auch **E 35**, 285. A. A. anscheinend Olsh. 10.

b) Der Thäter verwechselt eine der im § 306 genannten Räumlichkeiten mit einer unter den § 308 fallenden, hält z. B. ein Wohnhaus für eine Scheune. In diesem Falle fehlt der Vorsatz der schweren Brandstiftung und kann nur wegen einfacher bestraft werden. Ebenso Binding, Grundriß **3**, 15 und bes. Meyer 696.

c) Der Thäter hält eine der unter den § 306 fallenden Sachen für eine solche, die weder unter diese Stelle noch unter § 308 fallen würde. Hier kann nur von fahrlässiger Brandstiftung die Rede sein. Vergl. § 59 VI.

IV. **Idealkonkurrenz** ist namentlich denkbar mit Mord oder Totschlag, mit Versicherungsbetrug (vergl. § 265 I) und, da es auf die Eigentumsverhältnisse nicht ankommt, auch mit der Sachbeschädigung in den Fällen der §§ 303. 305. Ebenso Olsh. 12. Die praktische Tragweite der Idealkonkurrenz zeigt sich bei § 310.

§ 307.

Die Brandstiftung (§ 306) wird mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft, wenn

1. **der Brand den Tod eines Menschen dadurch verursacht hat, daß dieser zur Zeit der That in einer der in Brand gesetzten Räumlichkeiten sich befand,**
2. **die Brandstiftung in der Absicht begangen worden ist, um unter Begünstigung derselben Mord oder Raub zu begehen oder einen Aufruhr zu erregen, oder**
3. **der Brandstifter, um das Löschen des Feuers zu verhindern oder zu erschweren, Löschgerätschaften entfernt oder unbrauchbar gemacht hat.**

I. Die hier hervorgehobenen Qualifikationsgründe machen die schwere Brandstiftung zur *besonders schweren*.

1. **Zu Nr. 1.** — Nicht jede auf den Brand zurückführbare Verursachung des Todes eines Menschen genügt, sondern der Tod muß außer auf den Brand auch darauf zurückführbar sein, daß der Getötete sich *zur Zeit der That* in der in Brand gesetzten Räumlichkeit befand. Daher ist die Stelle nicht anwendbar, wenn ein Feuerwehrmann beim Löschen verunglückt. Im übrigen fordert die herrschende Lehre nicht, daß der Tod durch Verbrennen eingetreten sei, sondern hält es z. B. für ausreichend, wenn der Tod unmittelbar durch einen zur Rettung unternommenen Sprung verursacht wurde. So Olsh. 4, Oppenh.-Del. 6. Vergl. § 1 III. IV. Schrecken als direkte Todesursache dürfte nicht genügen. Ebenso Oppenh.-Del. 6. — Ein über den Vorsatz der Brandstiftung hinausgehendes Verschulden braucht nicht vorzuliegen. Doch fordern die meisten das Bewußtsein, daß sich ein Mensch zur Zeit der That in den Räumlichkeiten befinde. Dagegen mit Recht Binding, Grundriß **3**, 19, Oppenh.-Del. 7. — Ist der Vorsatz des Thäters auf die Tötung gerichtet, so konkurrieren Mord und Totschlag. S. Vorbem. z. 16. Abschn. IV.
2. **Zu Nr. 2.** — Diese Stelle findet keine Anwendung, wenn die Tötung direkt durch das Feuer bewirkt werden soll. Es wird immer noch eine weitere Thätigkeit als die der Brandlegung gefordert. — Wegen des Aufruhrs s. § 115.
3. **Zu Nr. 3.** — Das Abstellen des Wassers gehört nicht hierher.

II. Über den **Versuch** der qualifizierten Fälle als solcher s. § 43 V 3.

Digitized by Google

§ 308.

Wegen Brandstiftung wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft, wer vorsätzlich Gebäude, Schiffe, Hütten, Bergwerke, Magazine, Warenvorräte, welche auf dazu bestimmten öffentlichen Plätzen lagern, Vorräte von landwirtschaftlichen Erzeugnissen oder von Bau- oder Brennmaterialien, Früchte auf dem Felde, Waldungen oder Torfmoore in Brand setzt, wenn diese Gegenstände entweder fremdes Eigentum sind, oder zwar dem Brandstifter eigentümlich gehören, jedoch ihrer Beschaffenheit und Lage nach geeignet sind, das Feuer einer der im § 306 Nr. 1 bis 3 bezeichneten Räumlichkeiten oder einem der vorstehend bezeichneten fremden Gegenstände mitzuteilen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

I. Die hier behandelte **einfache Brandstiftung** pflegt man wenig passend in die **unmittelbare** und in die **mittelbare** einzuteilen. Von unmittelbarer Brandstiftung spricht man dann, wenn das betr. Objekt in fremdem Eigentume steht, von mittelbarer, wenn es zwar dem Thäter gehört, aber seiner Beschaffenheit und Lage nach geeignet ist, das Feuer einer der im § 306 Nr. 1—3 bezeichneten Räumlichkeiten oder einem fremden im Gesetze genannten Objekt mitzuteilen.

1. Zum Thatbestande der unmittelbaren Brandstiftung gehört demnach keine konkrete Gefährdung eines andern Objekts. Grund der Pönalisierung ist außer der Eigentumsbeschädigung die abstrakte Gemeingefahr. Trotzdem muß man annehmen, daß die Einwilligung des Eigentümers die Strafbarkeit dann ausschließt, wenn das Objekt nicht geeignet ist, das Feuer einer der oben näher angegebenen Räumlichkeiten oder Gebäude mitzuteilen. Denn kommt gegenüber dem Eigentümer selbst der Gesichtspunkt der Gemeingefahr nicht zur Geltung, so ist nicht abzusehen, weshalb er gegenüber dem mit seiner Zustimmung handelnden dritten von Bedeutung sein sollte. E 12, 138. A. A. Wanjek, GS 31, 25 ff. — Ebenso wie an einer nur im Miteigentum des Thäters stehenden Sache Diebstahl, ist auch unmittelbare Brandstiftung an ihr möglich. E 11, 345.
2. Bei der mittelbaren Brandstiftung wird dagegen konkrete Gefahr gefordert, aber nicht etwa Gemeingefahr und auch die konkrete Gefahr nur in einem sehr beschränkten Sinne. Es kommt nämlich nicht darauf an, ob gerade dieses Feuer unter diesen begleitenden Umständen geeignet war, den Brand weiter zu verbreiten, sondern nur darauf, ob das Objekt seiner Lage und Beschaffenheit nach dazu geeignet war. Vergl. Siebenhaar, Ztschr. 4, 274. Deshalb ist, wie Olsh. 6 hervorhebt, Strafbarkeit auch dann begründet, wenn wegen der Windrichtung die Gefährdung eines fremden Gebäudes in concreto ausgeschlossen war. Wird dagegen die Beschaffenheit des Objektes vor der Inbrandsetzung geändert, z. B. das Strohdach abgenommen, so kann mit der Gefahr auch die Strafbarkeit entfallen.

II. Zu den einzelnen im Gesetze aufgezählten **Objekten** ist zu bemerken:

1. Gebäude, vergl. § 243 III 1 und E 32, 128.
2. Schiffe. Nur größere können hierher gezählt werden, weil nur diese ihrem Werte nach den sonstigen Objekten entsprechen. Olsh. 3. A. A. Binding, Grundriß 3, 13.
3. Hütte, vergl. § 306 I 2.
4. Magazine: Etablissements, welche nicht eigentliche Gebäude darstellen, wohl aber Räumlichkeiten umfassen, die dazu bestimmt sind, erhebliche Vorräte an Waren oder sonstigen Gebrauchsgegenständen für längere Zeit zu bergen. So im wesentlichen E 13, 407.

Digitized by Google

Bedenklich aber ist die in diesem Urteil aufgestellte Behauptung, daß die Warenvorräte selbst zum Magazin gehören.

5. Vorräte, d. h. zu Gebrauchszwecken vereinigte größere Quantitäten von Gegenständen, welche zu künftiger Verwendung bestimmt sind. E 10, 186. 28, 39 (auch wenn sie auf dem Transport begriffen sind). Nur solche Vorräte genügen, die das Gesetz namhaft macht, also z. B. nicht Vorräte von Knochen. Unter landwirtschaftlichen Erzeugnissen versteht E 27, 14 alle Rohprodukte der Ausnutzung des Grund und Bodens, bei deren Gewinnung letzterer selbst der Substanz nach unverändert bleibt — mithin auch solche, auf deren Entstehung und Gedeihen keine menschliche Thätigkeit verwendet worden ist. Eine die Substanz verändernde Umarbeitung oder Verwendung beseitigt den Begriff. Vergl. R 2, 85 (Stroh und Heu als Bestandteile eines Düngerhaufens). — Zu bemerken ist, daß Warenvorräte nur dann hierher gehören, wenn sie auf den dazu bestimmten öffentlichen (d. h. allgemein zugänglichen, wenn auch im Privateigentum stehenden) Plätzen lagern, während es bei Vorräten von landwirtschaftlichen Erzeugnissen gleichgiltig ist, wo sie sich befinden.
6. Bei den Früchten auf dem Felde ist es unerheblich, ob sie bereits vom Grund und Boden getrennt sind oder nicht.
7. Die Waldung wird sich bestimmen lassen als eine größere mit eng zusammenstehenden Bäumen oder Büschen bewachsene Grundfläche. Wenn E 9, 381 und Olsh. 3 annehmen, daß auch eine nur mit Walderzeugnissen bedeckte Fläche eine Waldung sei, so ist das entschieden abzulehnen. Vergl. auch § 293 II 3. Die Waldung als solche muß in Brand gesetzt, d. h. es muß das Feuer derart entzündet sein, daß es sich auf der Fläche als solcher ohne weiteres Zuthun zu verbreiten und die Bäume oder Büsche zu ergreifen vermag. Unter dieser Voraussetzung genügt es zur Vollendung, wenn nur das Laub brennt. E 2, 314.

Die Inbrandsetzung anderer als der im Gesetze bezeichneten Objekte fällt, sofern sie überhaupt strafbar ist, unter den Begriff der Sachbeschädigung.

III. Zum **Dolus** gehört das Bewußtsein, daß sich die Handlung gegen ein Objekt der betr. Art wendet. Namentlich muß also der Thäter bei der unmittelbaren Brandstiftung wissen, daß das Objekt in fremdem Eigentum steht, und bei der mittelbaren, daß es seiner Lage und Beschaffenheit nach geeignet ist, das Feuer einem der näher bezeichneten Objekte mitzuteilen. Eine Verwechselung der verschiedenen Objekte der einfachen Brandstiftung untereinander hat hier ebensowenig Bedeutung wie in dem entsprechenden Fall des § 306. Ebenso E 35, 285. Vergl. §§ 306 III 2. 309 I.

IV. **Idealkonkurrenz** mit Brandstiftung der §§ 306. 307 ist nicht möglich. So mit Recht gegen die herrschende Lehre Binding, Normen 2, 586, Hälschner 2, 622. Auch mit der Sachbeschädigung des § 303 ist Idealkonkurrenz ausgeschlossen. Vergl. näher Olsh. 9. Dagegen ist Idealkonkurrenz mit Versicherungsbetrug möglich. S. § 265 I.

§ 309.

Wer durch Fahrlässigkeit einen Brand der in den §§ 306 und 308 bezeichneten Art herbeiführt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark und, wenn durch den Brand der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

I. **Fahrlässige Brandstiftung** liegt nach dem zu § 59 VI Ausgeführten nicht nur dann vor, wenn der Thäter zufolge eines vermeidbaren Irrtums die brandstiftende Wirkung seiner Thätigkeit nicht voraussah, sondern auch in dem weiteren Falle, daß er wohl diese

Digitized by Google

Wirkung voraussah, aber nicht die relevante Eigenschaft des Objekts erkannte. Z. B. er hielt irrtümlicherweise die angezündeten Warenvorräte für seine eigenen. Ebenso Olsh. 5. Vergl. § 306 III 2.

II. Was den qualifizirten Fall (Verursachung des Todes eines Menschen) betrifft, so gilt hier nicht die im § 307 Nr. 1 aufgestellte Beschränkung, daß sich der Getötete zur Zeit der That in den in Brand gesetzten Räumlichkeiten aufgehalten haben müsse. Daher verurteilte E 5, 202 in einem Falle, in welchem der Getötete in das Haus zurückgegangen war, um eine vergessene Sache zu holen, dabei aber den Tod gefunden hatte. — Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung ist möglich. Ebenso Olsh. 6. Vergl. Vorbem. zum 16. Abschn. IV.

§ 310.

Hat der Thäter den Brand, bevor derselbe entdeckt und ein weiterer als der durch die bloße Inbrandsetzung bewirkte Schade entstanden war, wieder gelöscht, so tritt Straflosigkeit ein.

I. Der im § 46 Nr. 2 behandelte Strafaufhebungsgrund der thätigen Reue wird bei der Brandstiftung regelwidrig auch dann wirksam, wenn die That bereits vollendet ist, vorausgesetzt, daß der „Rücktritt", hier in dem Löschen bestehend, zu einer Zeit erfolgte, als (der Brand noch nicht entdeckt und) ein weiterer als der durch die Brandstiftung bewirkte Schaden nicht entstanden war. Mit Recht nehmen die meisten einen weiteren Schaden dann an, wenn das Feuer sich bereits räumlich weiter verbreitet hatte als auf den Ort, an dem es unmittelbar gelegt wurde. Freilich kann eine mathematische Beschränkung auf den ersten Herd nicht gefordert werden, und es wird immer dem richterlichen Ermessen ein großer Spielraum bleiben. — E 1, 375, welcher Rüd.-Stengl. 2 beitreten, fordert, daß der weitere Schaden erheblich sei.

Bezüglich des Entdeckens gilt das Gleiche wie zu § 46 Nr. 2. Auch insofern findet das dort Gesagte Anwendung, als der Rücktritt (das Löschen) durch eigene Thätigkeit des Thäters erfolgen muß und fremde Kräfte nur dann hierher zählen, wenn sie durch den Thäter in Bewegung gesetzt worden sind. E 1, 375. Die bloße Absicht des Löschens genügt nicht zur Herbeiführung der Straflosigkeit, selbst dann nicht, wenn sie bereits vor der Inbrandsetzung vorhanden war. S. das sehr interessante Urteil E 18, 355. Dagegen Kohler, Studien 1, 122.

II. Daß die Straflosigkeit nur zu Gunsten des Thäters wirkt, dritte Beteiligte aber durch eigenen Rücktritt (Löschen) sich der gleichen Vergünstigung teilhaftig machen können, wird hier allgemein anerkannt.

III. § 310 findet gleichmäßig auf vorsätzliche wie auf fahrlässige Brandstiftung Anwendung. Vergl. hierzu E 19, 394. Hier erklärt das RG, bei fahrlässiger Brandstiftung könne dem Thäter das Löschen des Brandes nur dann zu gute kommen, wenn er zuerst den Brand als solchen erkannt habe. Andernfalls sei dieser bereits entdeckt. Dagegen § 46 III 2c.

§ 311.

Die gänzliche oder teilweise Zerstörung einer Sache durch Gebrauch von Pulver oder anderen explodierenden Stoffen ist der Inbrandsetzung der Sache gleich zu achten.

I. Unter explodierenden Stoffen sind nur solche zu verstehen, welche selbst explodieren, d. h. ihre Daseinsform verändern, dabei einen größeren Raum einnehmen und so ihre Umhüllung zersprengen. Z. B. Benzin, Schießbaumwolle, Dynamit. Ändert aber der Stoff seine eigene Daseinsform nicht, sondern bewirkt er die Zersprengung seiner Um-

Digitized by Google

gebung, indem er in seiner bisherigen Form eine größere Ausdehnung annimmt, so ist es kein explodierender. Z. B. Wasserdampf. E 22, 304. A. A. Rüd.-Stengl. 3.

II. Unerheblich ist, ob der Gebrauch des explodierenden Stoffes ein zweckentsprechender war oder nicht. E 19, 279. Welcher der §§ 306—309 eingreift, ob Vollendung oder Versuch vorliegt, richtet sich nach den Umständen. Doch wird bei Versuch meist Sprengstoffges. § 5 anzuwenden sein. Daß die thatsächlichen Voraussetzungen des § 310 hier zutreffen könnten, ist nicht wohl denkbar. Sollten sie aber zutreffen, so wäre bei vorsätzlichem Verhalten immer noch Sprengstoffges. § 5 zu beachten.

§ 312.

Wer mit gemeiner Gefahr für Menschenleben vorsätzlich eine Überschwemmung herbeiführt, wird mit Zuchthaus nicht unter drei Jahren und, wenn durch die Überschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

I. Während bei der Brandstiftung das Moment der Gefahr im Einzelfalle nicht besonders nachgewiesen zu werden braucht, vielmehr, wie man sich vielleicht ausdrücken kann, unwiderleglich vermutet wird, muß es bei einer **Überschwemmung** in jedem Einzelfalle festgestellt werden. Daher konkretes oder spezielles Gefährdungsdelikt. S. Vorbem. z. 27. Abschn. I.

II. Eine eigentümliche Behandlung erfährt die Überschwemmung nur dann, wenn durch sie eine **gemeine Gefahr** hervorgerufen wird. S. darüber Vorbem. z. 27. Abschn. I. Eine Mehrheit gefährdeter Personen (oder Sachen, § 313) ist erforderlich. Abweichend Siebenhaar, Ztschr. 4, 289. Übereinstimmend die herrschende Lehre. E 5, 309. R 5, 557. 7, 577. Vergl. § 321.

III. **Überschwemmung bedeutet eine Entfesselung der Naturkraft des Wassers.** Es wird also eine gewisse Gewalt, mit der das Wasser vordringt, und eine gewisse Tiefe desselben gefordert. Ein „Unterwassersetzen" ist daher nicht notwendig Herbeiführung einer Überschwemmung. Wichtig ist dieser Punkt namentlich für § 313. R 7, 577.

IV. Bestritten ist die Frage, ob sich der **Vorsatz** auf die Gemeingefahr beziehen, ob mit andern Worten der Thäter die gemeingefährdende Wirkung seines Thuns voraussehen muß oder nicht. Die Frage ist zu bejahen, da die Gefährdung zweifellos ein Thatbestandsmerkmal bildet. Die eigentümliche Stellung des Wortes „vorsätzlich" dürfte nicht ausreichen, um eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu begründen. Ebenso Binding, Normen 2, 580, Grundriß 3, 30, Hälschner 2, 638, v. Liszt § 149, Meyer 699. A. A. Olsh. 5, Rüd.-Stengl. 6.

V. Der qualifizierte Fall — Verursachung des Todes eines Menschen — kann mit Totschlag oder Mord konkurrieren. Vergl. Vorbem. z. 16. Abschn. IV.

§ 313.

Wer mit gemeiner Gefahr für das Eigentum vorsätzlich eine Überschwemmung herbeiführt, wird mit Zuchthaus bestraft.

Ist jedoch die Absicht des Thäters nur auf Schutz seines Eigentums gerichtet gewesen, so ist auf Gefängnis nicht unter Einem Jahre zu erkennen.

I. Vergl. im allgemeinen § 312.

II. Idealkonkurrenz mit vorsätzlicher Sachbeschädigung ist möglich (dagegen Binding 1, 369). Desgleichen mit dem Delikte des § 312. Wenn auch im allgemeinen jede Über-

Digitized by Google

schwemmung, die eine Gefährdung von Menschen enthält, gleichzeitig eine solche von Sachen in sich schließen wird, so sind doch Fälle denkbar, in denen dies nicht zutrifft, z. B. bei nackten Kindern, die zum Baden bereit sich in der Nähe eines Flusses aufhalten. A. A. Binding, Grundriß 3, 30.

III. Der zweite Absatz berücksichtigt ausnahmsweise den Eigentumsnotstand. Vergl. § 54. Das Delikt ist in diesem Falle nur Vergehen, daher Versuch straflos. Vergl. § 1 I 2c.

§ 314.

Wer eine Überschwemmung mit gemeiner Gefahr für Leben oder Eigentum durch Fahrlässigkeit herbeiführt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn durch die Überschwemmung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

Vergl. im allgemeinen § 312. — Wird der Tod eines Menschen verursacht, so ist Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung denkbar. Vergl. Vorbem. z. 16. Abschn. IV.

§ 315.

Wer vorsätzlich Eisenbahnanlagen, Beförderungsmittel oder sonstiges Zubehör derselben dergestalt beschädigt, oder auf der Fahrbahn durch falsche Zeichen oder Signale oder auf andere Weise solche Hindernisse bereitet, daß dadurch der Transport in Gefahr gesetzt wird, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

I. Die **Gefährdung eines Eisenbahntransports** ist als solche nur dann strafbar, wenn sie durch die Beschädigung der im Gesetze bezeichneten Objekte oder durch die Bereitung von Hindernissen auf der Fahrbahn bewirkt wird. Wer den Lokomotivführer betrunken macht oder gar tötet, ist somit wegen Transportgefährdung nicht strafbar.

II. **Objekte der Beschädigung** (vergl. § 303) können sein:

1. **Eisenbahnanlagen.** Der Begriff der **Eisenbahn** kann weder für das moderne Recht überhaupt, noch für das StGB im besonderen einheitlich ausgelegt werden. Da der 27. Abschnitt, wenn auch nicht ausschließlich, so doch überwiegend, durch die Entfesselung der Naturkräfte charakterisiert wird, da ferner die angedrohte Strafe außerordentlich hoch ist, so hat man mit der herrschenden Lehre nur Eisenbahnen mit elementaren Betriebskräften (z. B. Dampf, Elektrizität) hierher zu rechnen, insbesondere also Pferdeeisenbahnen auszuschließen. E 11, 33. 12, 205, 371. 16, 431. Loock, Der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen (1883) 159 sieht auch Drahtseilbahnen als Eisenbahnen an. Dagegen Olsh. 3 und die früheren Auflagen dieses Kommentars, von der Annahme ausgehend, daß zum Begriffe der Bahn fest auf der Erde befindliche Schienen gehören. Indessen hat der Sprachgebrauch der modernen Technik, den der Jurist nicht wird ignorieren dürfen, dem Begriff einen weiteren Sinn gegeben. Man beachte z. B. den Bau der das Wupperthal bei Elberfeld überbrückenden „Bahn". Anderseits freilich ist zu verlangen, daß das Gewicht auf den Schienen ruht. Deshalb sind Elevatoren keine Eisenbahnen. — Im übrigen ist es unerheblich, ob die Bahn öffentlichen oder privaten Zwecken (E 9, 233. 13, 380, a. A. Rüd.-Stengl. 1),

Digitized by Google

ob dem Transporte von Menschen oder nur von Gütern, ob sie dem großen oder nur dem Lokalverkehre (Straßendampfbahnen E 11, 33) dient, ob sie als Voll-, als Sekundär- oder Kleinbahn anzusehen ist (E 16, 431). A. A. Binding, Grundriß 3, 37, 38, der nur die dem allgemeinen Verkehr von Ort zu Ort und der Landesverteidigung dienenden Lokomotiveisenbahnen hierher rechnet, namentlich also die elektrischen Bahnen ausschließt. Ebenso Eger, Handb. d. preuß. Eisenbahnrechts (1896) 2, 152. — Eisenbahnanlagen sind alle festen, unbeweglichen Bestandteile der Eisenbahn (namentlich Damm, Schienen, Schwellen, Betriebsgebäude);

2. **Beförderungsmittel**, d. h. Lokomotiven und Wagen;
3. **sonstiges Zubehör**, d. h. alle Sachen, welche dem Zwecke des Eisenbahnbetriebes dienen. Vergl. Meves, GS 26, 194. Hierher gehören namentlich die Weichen- und Signalsicherungsanlagen mit Einschluß der Telegraphenanlagen.

III. **Die Bereitung von Hindernissen muß auf der Fahrbahn erfolgen.** Fahrbahn aber ist der Raum, soweit er von einem Transporte bestrichen wird. Der Raum neben den Schienen gehört zur Fahrbahn nur insoweit, als Wagen und Lokomotive über das Geleise hinausragen. Vergl. E 15, 82. Die Bereitung des Hindernisses kann entweder in der Art erfolgen, daß der Thäter es selbst anbringt (z. B. durch Ausreißen der Schienen, durch Auflegen schwerer Steine) oder dadurch, daß er — mittels falscher Zeichen oder Signale — den Transport auf eine Fahrbahn lenkt oder auf einer solchen erhält, die ihm Hindernisse bietet. Auch der gefährdete Transport selbst kann als Hindernis erscheinen, namentlich dann, wenn er in ein falsches Geleise gelenkt wird. E 31, 198.

IV. Der **Begriff des Transportes** wird sowohl in konkretem wie in abstraktem Sinne gebraucht. Im ersteren bezeichnet er den Gegenstand, der übergeführt wird, im letzteren die Thätigkeit des Überführens. Dafür, daß die vorliegende Stelle den Begriff lediglich in der einen dieser Bedeutungen verwendete, spricht nichts. Sie umfaßt daher:

1. die konkrete Transportgefährdung. Diese liegt dann vor, wenn ein dem Eisenbahnbetriebe entsprechendes Gefährt (s. o. II 1) oder die darauf befindlichen Menschen oder Gegenstände gefährdet werden. E 3, 415. 16, 66. Die Kleinwagen (Dräsinen) gehören nicht hierher; sie werden durch menschliche Kraft bewegt. So die meisten, bes. Olsh. 8, Meyer 700, Loock a. a. O. 190, Eger a. a. O. 2, 157. A. A. Supper, Das deutsche Eisenbahnstrafrecht (1893) 35. Dagegen ist es gleichgiltig, ob der Transport eine größere oder kleinere Strecke zurücklegen soll. Deshalb fällt auch die Gefährdung von Rangierzügen oder -Lokomotiven unter das Gesetz. Der Umstand, daß sich das Gefährte zur Zeit nicht in Bewegung befindet, steht dem Begriff des Transports nicht entgegen. E 11, 328;
2. die abstrakte Transport- oder Betriebsgefährdung. Diese liegt dann vor, wenn ein nur möglicherweise fahrender (durch elementare Triebkräfte bewegter) Transport gefährdet sein würde, falls er die betr. Stelle passirte. E 11, 205, 328. 30, 178. Prinzipiell abweichend Rüd.-Stengl. 2. Reißt jemand Schienen auf, so liegt vollendetes Delikt vor, auch wenn der Schaden repariert wird, längst bevor ein Zug auf der Strecke ist. Vergl. Binding, Grundriß 3, 40. Selbstverständlich sind Reparaturen, die von der zuständigen Stelle unter Beobachtung der erforderlichen Vorsichtsmaßregeln angeordnet sind, schon wegen Wegfalls der Rechtswidrigkeit nicht strafbar.

V. Über den Begriff der **Gefahr** s. § 1 VII. Nach der dort gegebenen Begriffsbestimmung ist es selbstverständlich, daß die Abwendung der Verletzung durch besondere Umstände dem Wesen der Gefahr nicht entgegensteht. E 14, 136. 30, 178. Anderseits kann durch rechtzeitige Warnung die Gefahr beseitigt werden.

VI. Der **Vorsatz** erfordert das Bewußtsein der Gefährdung. Vergl. S. 102.

VII. **Bei dem qualifizierten Falle des** zweiten Absatzes wird nicht verlangt, daß sich der **Getötete** oder **Verletzte** in dem Eisenbahnzuge usw. befand, noch auch ein besonderes

Digitized by Google

Verschulden in Bezug auf den schweren Erfolg. Olsh. 12, Oppenh.-Del. 11. Vergl. auch u. IX.

VIII. Strafbarer **Versuch** liegt vor, sobald mit der Beschädigung der Eisenbahnanlagen usw. oder mit der Bereitung des Hindernisses der Anfang gemacht worden ist. Dagegen ist das Delikt in dem Augenblicke vollendet, in welchem eine Gefahr für den Betrieb erwachsen ist. Wer nach Beschädigung der Eisenbahnanlage vor der Benutzung warnt, kann sich somit nicht auf den Strafaufhebungsgrund des § 46 berufen.

Wegen Versuchs des qualifizirten Falles als solchen s. § 43 V 3.

IX. **Idealkonkurrenz** ist namentlich zwischen den Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten einerseits und dem qualifizirten Falle des Abs. 2 anderseits denkbar. E 31, 198. Vergl. Vorbem. z. 16. Abschn. IV. Desgleichen mit § 305, sofern es sich um eine gänzliche oder teilweise Zerstörung handelt.

§ 316.

Wer fahrlässigerweise durch eine der vorbezeichneten Handlungen den Transport auf einer Eisenbahn in Gefahr setzt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

Gleiche Strafe trifft die zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellten Personen, wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten einen Transport in Gefahr setzen.

I. Der **erste Absatz** fordert den vollen Thatbestand des § 315 Abs. 1 bezw. 2 nur mit dem subjektiven Unterschiede, daß die Handlung nicht eine vorsätzliche, sondern eine fahrlässige ist. Man kann darüber streiten, ob nicht wenigstens bezüglich der Beschädigung oder der Bereitung von Hindernissen Vorsatz gefordert wird. Aber die Stellung des Wortes „fahrlässigerweise" sowohl wie innere Gründe sprechen scharf dagegen. So die herrschende Lehre und E 22, 357. Daher liegt der Thatbestand des § 316 vor, wenn ein Fabrikant durch Unterdeklaration der Fracht einen Achsenbruch während der Fahrt verursacht. Maßgebend ist stets das Verschulden in Bezug auf die Gefährdung. Wer z. B. vorsätzlich beschädigt, aber nur fahrlässig gefährdet, ist auf Grund gerade dieser Stelle strafbar. Die Geldstrafe ist erst durch Ges. v. 27./12 1899 zugelassen und so eine bei ideellem Zusammentreffen sehr merkbare Inkongruenz mit § 230 beseitigt worden. — In dem qualifizirten Falle finden die Bemerkungen zu § 315 VII entsprechende Anwendung. Vergl. auch u. III.

II. Der **zweite Absatz** enthält ein delictum proprium mit folgenden Eigentümlichkeiten:

1. Thäter kann nur eine zur Leitung der Eisenbahnfahrten und zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellte Person sein. Das „und" ist dabei nicht kumulativ, sondern alternativ zu verstehen. Beide Personenklassen umfassen nicht nur die höheren, sondern auch die niederen Angestellten. R 5, 259. E 21, 15.
2. Die Handlung braucht nicht in einer Beschädigung der Bahnanlage oder in einer Bereitung von Hindernissen, sondern kann in jeder Vernachlässigung obliegender Pflichten bestehen und somit als Handlung im engeren Sinne oder als Unterlassung erscheinen. Die Pflichten sind in Reglements und Instruktionen niedergelegt. Die Nichtbefolgung einer derartigen Vorschrift enthält aber nicht ohne weiteres die Verletzung einer Pflicht im Sinne der vorliegenden Stelle. S. darüber § 59 VI 1.

Digitized by Google

3. Der Erfolg besteht in der Gefährdung (nicht des, sondern) eines Transports. Die herrschende Lehre erklärt diese Abweichung von dem Wortlaut des § 315 und § 316 Abs. 1 für unerheblich. E 11, 205, Olsh. 5 zu § 315, Binding, Grundriß 3, 38. Jedoch mit Unrecht. Denn wollte man mit der herrschenden Lehre auch die bloße Betriebsgefährdung (§ 315 IV 2) hierher rechnen, so wäre die Haftbarkeit der Bahnangestellten übermäßig weit ausgedehnt. Konsequenterweise müßte z. B. eine nur ganz vorübergehende falsche Weichenstellung bestraft werden. Vergl. auch u. 4. Mag auch, was die herrschende Lehre betont, die Entstehungsgeschichte nichts positiv dafür ergeben, daß die Abweichung vom Wortlaute des § 315 eine bewußte ist, so ergiebt sie doch auch nichts für das Gegenteil — und gerade dies wäre zu beweisen.
4. Das Verschulden besteht in der vorsätzlichen oder fahrlässigen Vernachlässigung der Dienstpflichten. Ein besonderes Verschulden hinsichtlich der Gefährdung wird nicht gefordert. So die herrschende Lehre. E 22, 163. 30, 178, Loock, Der strafrechtliche Schutz der Eisenbahnen (1893) 202 ff., Olsh. 5, Beling, Ztschr. 18, 298, welch' letzterer hervorhebt, daß es sich hier wie anderwärts um einen Fall der Erfolgshaftung handle. A. A. Binding, Grundriß 3, 42, v. Liszt § 150, Meyer 700, Supper, Das deutsche Eisenbahnstrafrecht (1893) 54.

III. Hinsichtlich der **Idealkonkurrenz** finden die Ausführungen zu § 315 IX entsprechende Anwendung; auch die Delikte des ersten und des zweiten Absatzes können miteinander konkurrieren. So Olsh. 9. Speziell wegen Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Körperverletzung s. o. I und E 31, 198.

§ 317.

Wer vorsätzlich und rechtswidrig den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage dadurch verhindert oder gefährdet, daß er Teile oder Zubehörungen derselben beschädigt oder Veränderungen daran vornimmt, wird mit Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren bestraft.

I. Die jetzige Fassung beruht auf Gesetz vom 13./5 1891.

II. Dem Wortlaute nach bezeichnet **Telegraph** eine Vorrichtung, die in die Ferne schreibt. Diese wörtliche Bedeutung aber kann schon deshalb nicht zu Grunde gelegt werden, weil der Ausdruck Telegraph wesentlich älter ist als der allerdings in die Ferne schreibende elektrische Telegraph. Insbesondere gehören auch optische Telegraphen hierher. Im übrigen ist zunächst von Wichtigkeit, daß der Telegraph zur Vermittelung von Mitteilungen dient, ohne daß der Träger dieser Mitteilung (das Papier) selbst von Ort zu Ort befördert würde. Die Mitteilung wird vielmehr am Empfangsorte reproduziert. Aus diesem Grunde war es zweifelhaft, ob das Telephon unter den Begriff des Telegraphen fiel, weil es zweifelhaft ist, ob die Schallwellen reproduziert oder einfach wie durch ein Sprachrohr weitergetragen werden. Ersterer Ansicht E 19, 55. Nunmehr ist der Zweifel beseitigt durch § 318 a (eingeschoben durch Gesetz vom 13./5 1891). Daß die Rohrpost nicht unter den Begriff des Telegraphen fällt, war vorher sicher. S. aber jetzt wiederum § 318 a.

III. **Objekte** der Handlung sind Teile (z. B. Drähte, Isolatoren) oder Zubehörungen, (z. B. Papierstreifen, so wie sie sich am Apparate befinden) einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage. (In der älteren Fassung hieß es: Telegraphenanstalt.) Zu **öffentlichen Zwecken** dient eine Telegraphenanlage dann, wenn sie dem Interesse eines individuell unbestimmten Personenkreises dient. Gegensatz: Privatinteresse, z. B. eine Telephonleitung, welche das Bureau eines Werkes mit den Fabrikräumen verbindet. Staatliches Eigentum ist nicht erforderlich. Ist daher eine in Privateigentum stehende Leitung jedermann zugänglich, so dient sie auch öffentlichen Zwecken. E 29, 244. Endlich

Digitized by Google

ist auch nicht erforderlich, daß die Benutzung der Anlage dem Publikum freistehe. Deshalb gehören auch Leitungen hierher, durch welche den innern Verkehr der Behörden betreffende Mitteilungen weitergegeben werden. Olsh. 3. A. A. Binding, Grundriß 3, 46. Auf die unterseeischen Telephonkabel findet die vorliegende Stelle Anwendung; doch enthält das Ges. v. 14./3 1887 Spezialbestimmungen.

IV. Die Handlung selbst besteht in der Beschädigung oder Veränderung der Objekte (s. III) derart, daß dadurch der Betrieb verhindert oder gefährdet wird. Über den Begriff der Gefahr s. § 1 II. Wie der Wortlaut ohne weiteres ergiebt, ist nicht nur die Gefährdung der Übermittelung eines bestimmten Telegramms, sondern auch die Gefährdung des Betriebs im allgemeinen strafbar. Vergl. § 315 IV 2. Diese sämtlichen Momente, insbesondere auch die Gefährdung, müssen von dem Vorsatze umfaßt werden. E 22, 393. Die Verhinderung eines Beamten an der Abgabe einer Depesche fällt nach der jetzigen Fassung zweifellos nicht mehr unter diese Stelle.

V. Idealkonkurrenz mit § 304 ist ausgeschlossen, da die vorliegende Stelle eine Spezialbestimmung enthält. E 34, 249.

§ 318.

Wer fahrlässigerweise durch eine der vorbezeichneten Handlungen den Betrieb einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage verhindert oder gefährdet, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft die zur Beaufsichtigung und Bedienung der Telegraphenanlagen und ihrer Zubehörungen angestellten Personen, wenn sie durch Vernachlässigung der ihnen obliegenden Pflichten den Betrieb verhindern oder gefährden.

I. Fassung durch das Gesetz vom 13./5 1891.

II. Unter den ersten Absatz gehört auch der Fall, daß die Verletzung eine vorsätzliche, die Verhinderung oder Gefährdung des Betriebes aber nur eine fahrlässige ist. Z. B. dann, wenn die Anlage nicht als Telegraphenanlage erkannt wurde. Vergl. v. Prittwitz und Gaffron, Arch. 30, 165.

III. Nach dem zweiten Absatze sind auch Fälle strafbar, bei welchen eine Beschädigung oder Veränderung der Telegraphenanlage nicht vorliegt. Z. B.: der zur Bedienung des Telegraphen bestellte Beamte erscheint zu spät im Dienst und verhindert so den Betrieb. Wegen des Verschuldens s. § 316 II 4.

§ 318a.

Die Vorschriften in den §§ 317 und 318 finden gleichmäßig Anwendung auf die Verhinderung oder Gefährdung des Betriebes der zu öffentlichen Zwecken dienenden Rohrpostanlagen.

Unter Telegraphenanlagen im Sinne der §§ 317 und 318 sind Fernsprechanlagen mitbegriffen.

S. § 317 II. V.

§ 319.

Wird einer der in den §§ 316 und 318 erwähnten Angestellten wegen einer der in den §§ 315 bis 318 bezeichneten Handlungen verurteilt, so kann

Digitized by Google

derselbe zugleich für unfähig zu einer Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienste oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste erklärt werden.

I. Die Unfähigkeit zur Beschäftigung im Rohrpostdienste kann nicht ausgesprochen werden; denn § 318a stellt die Rohrpost nur hinsichtlich der §§ 317. 318 den Telegraphenanlagen gleich. Ebenso Binding, Grundriß 3, 49, Oppenh.-Del. 3. A. A. Olsh. 1.

II. Über die rechtliche Natur der Maßregel s. Vorbem. z. 1. Abschn. des ersten Teils II 7. Vergl. auch § 316 III.

§ 320.

Die Vorsteher einer Eisenbahngesellschaft, sowie die Vorsteher einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt, welche nicht sofort nach Mitteilung des rechtskräftigen Erkenntnisses die Entfernung des Verurteilten bewirken, werden mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher für unfähig zum Eisenbahn- oder Telegraphendienste erklärt worden ist, wenn er sich nachher bei einer Eisenbahn oder Telegraphenanstalt wieder anstellen läßt, sowie diejenigen, welche ihn wieder angestellt haben, obgleich ihnen die erfolgte Unfähigkeitserklärung bekannt war.

Die hier angedrohten Strafen dienen der Durchführung des § 319. Zu bemerken ist, daß staatliche Eisenbahnbeamte nicht unter Abs. 1 fallen. Olsh. 2. A. A. die herrschende Lehre, die auf einem zwar innerlich gerechtfertigten, aber positivrechtlich nicht erlaubten Analogieschlusse beruht.

§ 321.

Wer vorsätzlich Wasserleitungen, Schleusen, Wehre, Deiche, Dämme oder andere Wasserbauten, oder Brücken, Fähren, Wege oder Schutzwehre, oder dem Bergwerksbetriebe dienende Vorrichtungen zur Wasserhaltung, zur Wetterführung oder zum Ein- und Ausfahren der Arbeiter zerstört oder beschädigt, oder in schiffbaren Strömen, Flüssen oder Kanälen das Fahrwasser stört und durch eine dieser Handlungen Gefahr für das Leben oder die Gesundheit Anderer herbeiführt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Ist durch eine dieser Handlungen eine schwere Körperverletzung verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren ein.

I. Die **Objekte** der Handlung lassen sich in folgende Gruppen zerlegen:

1. Wasserbauten im weitesten Sinne des Wortes,
2. das Fahrwasser in schiffbaren Strömen, Flüssen oder Kanälen. Flüsse usw., die nur flößbar sind, gehören nicht hierher. E 18, 85;
3. gewisse Bergwerksbauten,
4. Fähren, Wege aller Art. Daß sie öffentlich oder gebaut seien, wird nicht verlangt. E 20, 393. Daher gehören auch Leinpfade hierher, desgleichen Wege über

Digitized by Google

das Eis. Wenn manche (z. B. Olsh. 2, Rüd.-Stengl. 3) auch Wasserwege hierher rechnen, so ist diese Annahme bedenklich, weil das Gesetz das Fahrwasser besonders behandelt. Mit Recht zählt dagegen E 27, 363 Notwege hierher.

II. Die **Handlung** besteht bei den Objekten unter 1, 3 und 4 in einem Zerstören oder Beschädigen (vergl. § 303), bei dem unter 2 erwähnten Fahrwasser in einem Stören desselben. Das Stören setzt eine Änderung des Fahrwassers in denjenigen Beziehungen voraus, welche für die Schiffahrt von Bedeutung sind. Ein falsches Fahren gehört nicht hierher. E 18, 85. Auf den Umstand, daß der Thäter als Eigentümer des thatsächlich bestehenden (Not-)Wegs nicht verpflichtet ist, die Benutzung durch andere zu dulden, legt E 27, 363 kein Gewicht. Diese Ansicht wird auch dem BGB entsprechen.

Die Handlung, worin immer sie bestehen mag, muß als Erfolg (zwar keine Gemeingefahr, aber doch) eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit anderer herbeiführen. Ob der Vorsatz sich auf die Gefährdung erstrecken muß oder nicht, ist ebenso bestritten und in dem gleichen Sinne zu beantworten wie bei § 312. Übereinstimmend E 35, 53.

III. Der qualifizierte Fall kann je nach den Umständen mit schwerer Körperverletzung (§ 224) oder Mord, Totschlag oder fahrlässiger Tötung in Idealkonkurrenz treten. — Im übrigen ist Idealkonkurrenz namentlich möglich mit den Delikten der §§ 304. 305. 312 (a. A. bezüglich des § 312 Berner 647, der § 312 allein anwenden will).

§ 322.

Wer vorsätzlich ein zur Sicherung der Schiffahrt bestimmtes Feuerzeichen oder ein anderes zu diesem Zwecke aufgestelltes Zeichen zerstört, wegschafft oder unbrauchbar macht, oder ein solches Feuerzeichen auslöscht oder seiner Dienstpflicht zuwider nicht aufstellt, oder ein falsches Zeichen, welches geeignet ist, die Schiffahrt unsicher zu machen, aufstellt, insbesondere zur Nachtzeit auf der Strandhöhe Feuer anzündet, welches die Schiffahrt zu gefährden geeignet ist, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren bestraft.

Ist durch die Handlung die Strandung eines Schiffes verursacht worden, so tritt Zuchthausstrafe nicht unter fünf Jahren und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, Zuchthausstrafe nicht unter zehn Jahren oder lebenslängliche Zuchthausstrafe ein.

I. Zur Schiffahrt bestimmt ist ein Zeichen nicht schon dann, wenn es in einem einzelnen Falle aufgestellt bezw. aufzustellen ist, sondern nur unter der Voraussetzung, daß es dauernd der Schiffahrt als ganzem dient oder dienen soll. Dies trifft auch dann zu wenn es nur unter gewissen Bedingungen oder zu bestimmten Zeiten angebracht wird. Daß es unter öffentlicher Autorität aufgestellt sein müsse, kann nicht verlangt werden. Ebenso Binding, Grundriß 3, 56, Hälschner 2, 657. A. A. Olsh. 1. Deshalb fällt auch die Verletzung einer privaten Dienstpflicht unter das Gesetz.

II. Der Eintritt einer Gefahr in concreto wird nicht gefordert. Das Delikt ist mithin abstraktes Gefährdungsdelikt. Daraus ergiebt sich, daß zum Vorsatz das Bewußtsein von der Gefährlichkeit der Handlung nicht gehört. Nur bei der Aufstellung eines falschen Zeichens oder Anzündung eines Feuers auf der Strandhöhe zur Nachtzeit gehört zum Vorsatze das Bewußtsein, daß das Zeichen oder das Feuer geeignet ist, die Schiffahrt zu gefährden. — Im übrigen muß bei dem Zerstören, Wegschaffen, Unbrauchbarmachen oder Auslöschen des Feuer- oder andern Zeichens der Thäter dessen Beziehung zur Schiffahrt kennen.

Digitized by Google

III. Bei dem qualifizirten Fall wird man unter Schiff jedes Fahrzeug zu verstehen haben. Ebenso Olsh. 3. Vergl. im übrigen wegen des Kausalzusammenhangs § 1 IV, wegen des Versuchs § 43 V 3, wegen des Verschuldens § 59 II 3 und über Idealkonkurrenz Vorbem. z. 16. Abschn. IV.

§ 323.

Wer vorsätzlich die Strandung oder das Sinken eines Schiffes bewirkt und dadurch Gefahr für das Leben eines Anderen herbeiführt, wird mit Zuchthaus nicht unter fünf Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

I. Als Schiff muß nach dem Zwecke dieser Bestimmung jedes Fahrzeug, insbesondere auch jeder Flußkahn, angesehen werden. E 8, 218.

II. Konkrete Gefahr als Wirkung der Handlung erforderlich. Über den Begriff s. § 1 II. Daß das Bewußtsein der Gefährdung hier zum Vorsatze gehört, wird allgemein zugegeben.

III. Bewirkung der Strandung oder des Sinkens zur Rettung aus höchster Lebensgefahr ist sowohl aus dem Gesichtspunkte des Notstandes, wie auch deshalb straflos, weil hier meist die Gefahr nicht infolge des Strandens oder Sinkens, sondern bereits ohnehin vorhanden sein wird. Zum Sinken gehört kein völliges Untertauchen. E 35, 399.

IV. Wegen des qualifizierten Falles vergl. die zu § 322 III zitierten Stellen.

§ 324.

Wer vorsätzlich Brunnen- oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche Anderer dienen, oder Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbrauche bestimmt sind, vergiftet oder denselben Stoffe beimischt, von denen ihm bekannt ist, daß sie die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind, ingleichen wer solche vergiftete oder mit gefährlichen Stoffen vermischte Sachen wissentlich und mit Verschweigung dieser Eigenschaft verkauft, feilhält oder sonst in Verkehr bringt, wird mit Zuchthaus bis zu zehn Jahren und, wenn durch die Handlung der Tod eines Menschen verursacht worden ist, mit Zuchthaus nicht unter zehn Jahren oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bestraft.

I. **Objekte** der verschiedenen mit Strafe bedrohten Handlungen können sein:

1. Brunnen oder Wasserbehälter, welche zum Gebrauche anderer dienen. Dabei sind unter „anderen" nur Menschen zu verstehen. Viehtränken gehören nicht hierher. Der Umstand, daß der Thäter Eigentümer des Brunnens ist, ist selbstverständlich unerheblich.
2. Gegenstände, welche zum öffentlichen Verkaufe oder Verbrauche bestimmt sind. Zum öffentlichen Verkaufe sind Gegenstände dann bestimmt, wenn sie dem käuflichen Erwerbe individuell unbestimmter dritter Personen zugänglich gemacht werden sollen. Die herrschende Lehre (z. B. Olsh. 3, Oppenh.-Del. 5) verlangt, daß sie bereits zugänglich gemacht seien. Dem kann nicht beigetreten werden. Übersendet der Fabrikant dem Kaufmanne einen Ballen Seife, so ist diese zum öffentlichen Verkaufe nicht erst dann bestimmt, wenn sie in den Besitz des Kaufmanns gelangt. Auch wird niemand bezweifeln, daß der Fabrikant nach § 324 bestraft

Digitized by Google

werden kann, wenn er die Seife vor der Absendung vergiftet hat. Aus dem gleichen Grunde fällt es entgegen der herrschenden Lehre unter das Gesetz, wenn der Eigentümer einem Tiere, das er schlachten und erst dann an einen Metzger verkaufen will, vor dem Schlachten einen Stoff beibringt, der bei Genuß des Fleisches die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet ist. Für diesen letztern Fall ebenso Binding, Grundriß 3, 64, Olsh. 3.

Selbstverständlich handelt es sich in erster Linie überall um Gegenstände, die an sich weder giftig, noch geeignet sind, die menschliche Gesundheit zu zerstören. Doch kann auch die Gefährlichkeit eines solchen Gegenstandes vermehrt, ein Gift also noch mehr „vergiftet" werden. Im übrigen ist mit der herrschenden Lehre das Erfordernis aufzustellen, daß die Gefährdung bei einem vorauszusehenden sachgemäßen Gebrauche eintritt.

II. **Handlung:**

1. Vergiften (vergl. § 229);
2. Beimischen von Stoffen, welche die menschliche Gesundheit zu zerstören geeignet sind (vergl. § 229);
3. In den Verkehr bringen „solcher" vergifteter oder mit gefährlichen Stoffen vermischter Sachen. Als Spezialfälle werden das Verkaufen oder Feilhalten erwähnt. S. darüber die Bemerkungen zu § 367 Nr. 3. Außerdem würde aber das Verschenken unter das Gesetz fallen. E 3, 119. Sachen, die durch natürliche Vorgänge vergiftet sind, gehören nicht hierher. Dies drückt das Gesetz durch das Wort „solche" aus, das eine Bezugnahme auf die vorhergehenden Handlungen enthält. Aus dem gleichen Grunde fällt der verbotswidrige Verkauf von Giften nicht unter diese Stelle. S. § 367 Nr. 3. — Strafbarkeit tritt nur dann ein, wenn die gefährliche Eigenschaft der in den Verkehr gebrachten Sache verschwiegen wird.

III. **Vorsatz** ist überall erforderlich. Vergl. § 326.

IV. Ist durch die Handlung eine Gesundheitsbeschädigung eingetreten, so konkurrieren je nach der Sachlage die §§ 223. 224. 225 ideell. Daher kann auf Buße erkannt werden. Vergl. Vorbem. z. 17. Abschn. IV. Tritt der Tod eines Menschen ein, so liegt zunächst der qualifizierte Fall des § 324 vor, mit welchem aber bei Vorhandensein des erforderlichen Verschuldens die §§ 211. 212. 222 konkurrieren können. S. die Nachweisungen bei § 322 III.

V. Die Stelle ist durch das Nahrungsmittelgesetz vom 14./5 1879 ergänzt worden, dessen Bestimmungen als leges speciales vorgehen.

§ 325.

Neben der nach den Vorschriften der §§ 306 bis 308, 311 bis 313, 315, 321 bis 324 erkannten Zuchthausstrafe kann auf Zulässigkeit von Polizeiaufsicht erkannt werden.

Vergl. § 38.

§ 326.

Ist eine der in den §§ 321 bis 324 bezeichneten Handlungen aus Fahrlässigkeit begangen worden, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängnis bis zu Einem Jahre und, wenn der Tod eines Menschen verursacht worden ist, auf Gefängnis von Einem Monat bis zu drei Jahren zu erkennen.

Die fahrlässige Begehung eines der hier erwähnten Delikte ist nur dann strafbar, wenn durch die Handlung ein Schaden entstanden ist. Dieser Schaden kann nicht

Digitized by Google

der unmittelbar durch die Handlung selbst verursachte, z. B. das Stranden eines Schiffes, sondern er muß ein weiterer sein. Bestritten ist die Frage, ob jeder beliebige Schaden genügt, oder ob er der in den §§ 321—324 ausdrücklich oder stillschweigend geforderten Gefährdung entsprechen muß. Ersterer Ansicht Hälschner 2, 655, Olsh. 4, E 8, 218. 35, 399. R 4, 569, 8, 750. Letzterer Ansicht Binding, Grundriß 3, 52, Rüd.-Stengl. 1 und v. Liszt § 151, der mit Recht sagt: „Entwicklung der Gefahr zur Verletzung an Leben oder Gesundheit anderer ist Bedingung der Strafbarkeit". — Vergl. noch § 324 IV.

§ 327.

Wer die Absperrungs- oder Aufsichtsmaßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit angeordnet worden sind, wissentlich verletzt, wird mit Gefängnis bis zu zwei Jahren bestraft.

Ist in Folge dieser Verletzung ein Mensch von der ansteckenden Krankheit ergriffen worden, so tritt Gefängnisstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren ein.

I. **Allgemeine Bedeutung der Stelle.** — Die Stelle bestimmt die Strafe, welche bei Zuwiderhandlungen gegen gewisse sanitätspolizeiliche Maßregeln einzutreten hat. Der Inhalt der Maßregeln bleibt dem Ermessen der zuständigen Behörden innerhalb der Grenzen überlassen, welche das außerhalb des StGB's bestehende Recht zieht. Es handelt sich also um ein sog. Blankettgesetz. Der Richter hat zwar die Zuständigkeit der anordnenden Behörde, sowie die Zulässigkeit der Maßregel, nicht aber deren Zweckmäßigkeit zu prüfen. Das in Betracht kommende Recht war seither nur Landesrecht, dazu ist aber jetzt das Reichsges. betr. die Bekämpfung gemeingefährlicher Krankheiten (Reichsseuchenges.) v. 30./6 1900 getreten.

II. Die näheren Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Gesetzes sind folgende:

1. Es muß eine **Anordnung** vorliegen, d. h. die zuständige Behörde muß in einer Gehorsam fordernden Weise befehlend oder verbietend auftreten. Den Gegensatz bilden besonders Ratschläge und Warnungen, z. B. vor dem Genusse ungekochter Milch. E 25, 201 scheint Verwaltungsverordnungen völlig ausschließen zu wollen. Das geht indessen zu weit. Wenn das RG Instruktionen für Hebammen zur Vermeidung des Wochenbettfiebers nicht hierher rechnet, so ist ihm allerdings beizutreten, aber namentlich deshalb, weil eine solche Instruktion nicht eine Anordnung der im Gesetze geforderten Art ist.
2. Die Anordnung muß die **Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit** bezwecken. Wie eine Vergleichung mit § 328 ergiebt, handelt es sich hier nur um menschliche Krankheiten. A. A. Binding, Grundriß 3, 80, Rubo 1. Dagegen liegt kein Grund zur Ausschließung solcher Krankheiten vor, die zunächst bei Tieren oder auch Pflanzen auftreten, aber sich (wenn auch in anderer Form) auf den Menschen übertragen, wie Rotz der Pferde, Tollwut der Hunde, Trichinose der Schweine. So auch E 21, 121, R 9, 92, Berner 649, v. Liszt § 152, Olsh. 8. Allerdings ist dabei Voraussetzung, daß durch die Anordnung der gesundheitliche Schutz von Menschen bezweckt wird. Vergl. E 21, 121. 24, 332. Aber auch nicht alle Anordnungen dieser Art hat das Gesetz im Auge, sondern nur **Absperrungs- oder Aufsichtsmaßregeln und Einfuhrverbote.** Die ersteren beiden lassen, wie E 31, 342 ausführt, eine scharfe Scheidung voneinander nicht zu, haben aber das gemeinsam, daß sie eine Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Menschen (oder Tieren) enthalten. Außerdem muß sich der Zweck der Anordnung auf die Verhütung des Einführens oder Verbreitens einer ansteckenden Krankheit

Digitized by Google

richten. Demnach sind solche Anordnungen ausgeschlossen, welche die Verhinderung des Entstehens der Krankheit bezwecken. Bestritten ist die Frage, ob sich das Gesetz nur auf solche Anordnungen bezieht, die gegenüber einer bereits drohenden oder ausgebrochenen Krankheit erlassen worden (also vorübergehender Natur) sind oder auf solche, die für den Fall einer etwa drohenden oder etwa ausbrechenden Krankheit erlassen worden (also dauernder Natur) sind. Der Wortlaut des Gesetzes nötigt nicht zu der engeren Auslegung, und innere Gründe sprechen eher gegen sie. So bes. Olsh. 5; abweichend u. a. v. Liszt § 152. Es kommt also nur darauf an, ob die Anordnung von Verhütungsmaßregeln gegen eine etwa drohende Gefahr rechtlich statthaft ist. Für die Mehrzahl der Anordnungen, die auf Grund des Reichsseuchengesetzes erlassen werden, ist die Frage zu verneinen. Vergl. bes. §§ 11. 25 das. — Im übrigen ist es gleichgiltig, ob die Anordnung einen generellen oder einen speziellen Inhalt hat (z. B. Anordnung der Tötung eines tollen Hundes).

3. Die Anordnung muß von der **zuständigen Behörde** ausgehen. Die Zuständigkeit beurteilt sich, soweit nicht ausnahmsweise das Reichsseuchengesetz Bestimmungen enthält, nach Landesrecht. Für Preußen nimmt E 24, 436 die Zuständigkeit des Regierungspräsidenten an, läßt aber die Möglichkeit einer Delegation zu. Ohne eine solche verneint das RG die Zuständigkeit der Landes- und der Ortspolizeibehörden. Gegen diese Beschränkung Keller, Arch. 45, 249 ff. Vergl. auch § 228 I 2.

III. Zum **Dolus** gehört das Bewußtsein des Zuwiderhandelns, mithin auch die Kenntnis der Anordnung (s. S. 98 a. E.) nicht minder die Kenntnis ihres Zweckes sowie das Bewußtsein der Zuständigkeit der anordnenden Behörde; jedenfalls wird der Dolus durch die Annahme der Unzuständigkeit ausgeschlossen.

IV. **Idealkonkurrenz** mit § 328 ist nach der oben I 2 vertretenen Ansicht möglich. Außerdem kann sie namentlich stattfinden mit Vereinszollgef. § 134, vergl. das. § 158. Dagegen ist sie ausgeschlossen mit den Strafvorschriften des Reichsseuchengesetzes. Denn die §§ 44. 45 dess. enthalten Spezialbestimmungen, während § 46 das. nur subsidiäre Bedeutung hat. Auch die Strafbestimmungen des Gesetzes betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau v. 3./7 1900 sind als Spezialgesetze anzusehen.

V. Über die Frage, ob noch nach Aufhebung der Maßregel die Strafe eintreten kann, s. § 2 IV und wegen des qualifizirten Falles die Nachweisungen bei § 322.

VI. Strafdrohungen, welche **Landesgesetze** oder Polizeiverordnungen bei Zuwiderhandlungen gegen Anordnungen der vorbezeichneten Art enthalten, sind zweifellos ungiltig. Ebenso Olsh. 5, der aber berichtet, daß die preußische Praxis a. A. sei. Die Ungiltigkeit erstreckt sich namentlich auch auf solche landesrechtliche Bestimmungen, welche die fahrlässige Übertretung unter Strafe stellen.

§ 328.

Wer die Absperrungs- oder Aufsichtsmaßregeln oder Einfuhrverbote, welche von der zuständigen Behörde zur Verhütung des Einführens oder Verbreitens von Viehseuchen angeordnet worden sind, wissentlich verletzt, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

Ist in Folge dieser Verletzung Vieh von der Seuche ergriffen worden, so tritt Gefängnisstrafe von Einem Monat bis zu zwei Jahren ein.

I. Die Stelle hat die gleiche allgemeine Bedeutung wie die vorige, mit dem Unterschiede jedoch, daß sie sich nicht auf Menschen-, sondern auf **Tierkrankheiten** bezieht. Im einzelnen ist folgendes zu bemerken:

1. Ebenso wie bei § 327 ist es bestritten, ob das Gesetz Verhütungsmaßregeln voraussetzt, die gegenüber einer bereits ausgebrochenen oder drohenden Krankheit erlassen

Digitized by Google

sind, oder ob es auch dann Anwendung findet, wenn sich die Maßregeln auf eine nur etwa drohende oder etwa ausbrechende Krankheit beziehen (vergl. § 327 II 2). Das RG hatte sich bei der vorliegenden Stelle früher für die engere Auslegung entschieden (E 17, 72). Die Antwort ist aber hier dieselbe wie dort, d. h. es kommt lediglich darauf an, inwieweit nach dem außerhalb des StGB's stehenden Rechte Verhütungsmaßregeln angeordnet werden können. Sofern sich diese auf das Viehseuchengef. v. 23./6 1880 (neue Fassung. v. 1./5 1894) stützen, erscheinen sie gemäß § 14 das. nur dann statthaft, wenn der Ausbruch der Seuche festgestellt ist. Ebenso das RG (E 17, 72), das sich jedoch neuerdings anscheinend zu einer andern Auffassung bekennt. (Vergl. E 27, 357. 31, 380). Außer dem Viehseuchengef. greifen noch ein Ges. v. 7./4 1869 Maßregeln gegen die Rinderpest betr., Ges. v. 25./2 1876 betr. die Beseitigung von Ansteckungsstoffen bei Viehbeförderungen auf Eisenbahnen und GO § 56 Abs. 3 (E 31, 342).

2. Mit der behandelten Frage hängt die andre zusammen, ob die vorliegende Stelle auch dann Anwendung findet, wenn die Verhütungsmaßregeln vom Gesetz angeordnet sind. Bejahend E 27, 357. 31, 380. 35, 243. Das unter 1 zitierte Viehseuchengesetz enthält derartige Anordnungen; gleichzeitig stellt es in den §§ 65—67 Strafdrohungen gegen Zuwiderhandlungen auf, die allerdings nur Anwendung finden sollen, „sofern nicht nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen eine höhere Strafe verwirkt ist", sich also selbst nur eine subsidiäre Bedeutung beilegen. Der Ansicht des RG's steht im übrigen zunächst das Bedenken entgegen, daß der Gesetzgeber nicht als eine „Behörde" erscheint (so auch die Motive des Viehseuchengesetzes). Ferner würde sich die thatsächliche Anwendbarkeit der zit. §§ 65—67 nur auf fahrlässige Zuwiderhandlungen beschränken (vergl. E 31, 415), dann aber wäre es unverständlich, warum das Gesetz das nicht ausdrücklich sagte. Endlich ist gegen E 31, 380 zu bemerken, daß die Anzeigepflicht vom Ausbruch eine Seuche nicht als eine Aufsichtsmaßregel angesehen werden kann. Vergl. § 327 II. — Speziell über die Frage Koref, Arch. 46, 182 ff. S. auch Stenglein i. d. strafrechtl. Nebengesetzen zu § 65 des zit. Ges., Binding, Grundriß 3, 79.

II. Wegen **Idealkonkurrenz** s. § 327 IV. Außerdem ist Idealkonkurrenz möglich mit § 5 des zit. Ges. v. 25./2. 1876; nicht aber mit den Strafbestimmungen des Viehseuchengesetzes, weil diese nur subsidiäre Giltigkeit haben (E 27, 357), auch nicht mit denen des Gesetzes betr. Zuwiderhandlungen gegen die zur Abwehr der Rinderpest erlassenen Vieh-Einfuhrverbote v. 21./5 1878, weil diese die spezielleren sind.

§ 329.

Wer die mit einer Behörde geschlossenen Lieferungsverträge über Bedürfnisse des Heeres oder der Marine zur Zeit eines Krieges, oder über Lebensmittel zur Abwendung oder Beseitigung eines Notstandes vorsätzlich entweder nicht zur bestimmten Zeit oder nicht in der vorbedungenen Weise erfüllt, wird mit Gefängnis nicht unter sechs Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Liegt der Nichterfüllung des Vertrages Fahrlässigkeit zum Grunde, so ist, wenn durch die Handlung ein Schaden verursacht worden ist, auf Gefängnis bis zu zwei Jahren zu erkennen.

Dieselben Strafen finden auch gegen die Unterlieferanten, Vermittler und Bevollmächtigten des Lieferanten Anwendung, welche mit Kenntnis des Zweckes der Lieferung die Nichterfüllung derselben vorsätzlich oder aus Fahrlässigkeit verursachen.

Digitized by Google

I. Ausnahmsweise wird hier der **Vertragsbruch** unter Strafe gestellt. Wer eine zwangsweise auferlegte Lieferung (Requisition) nicht erfüllt, ist nach dieser Stelle nicht strafbar.

II. Hinsichtlich der **Schuld** ist zunächst hervorzuheben, daß das Gesetz eine bestimmte, etwa auf Schädigung gerichtete Absicht nicht verlangt. Im übrigen hat man zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung zu unterscheiden.

1. Der Vorsatz erfordert die Kenntnis sämtlicher Thatbestandsmerkmale, namentlich also das Bewußtsein, daß der Vertrag mit einer Behörde abgeschlossen worden sei, die Kenntnis des Vertragsinhalts und des Vertragszweckes. Wird die Erfüllung ohne Schuld des Verpflichteten vereitelt oder verzögert, so kann von vorsätzlicher Begehung keine Rede sein. Vergl. bes. Laß, Der Vertragsbruch des Armeelieferanten (1888) 41.
2. Bei fahrlässiger Begehung ist insofern eine Ausnahme von den allgemeinen Regeln zu konstatieren, als Fahrlässigkeit nur dann angenommen werden kann, wenn der Thäter die sämtlichen Thatbestandsmerkmale kennt, insofern also sich in dolo befindet, und nur die Nichterfüllung auf Fahrlässigkeit beruht. Dies ergiebt sich aus dem Wortlaute des Gesetzes und wird namentlich durch den dritten Absatz bewiesen. S. Laß a. a. O. 46 ff. A. A. Binding, Grundriß **3**, 87, v. Prittwitz und Gaffron, Arch. **30**, 169. Zu finden aber ist die Fahrlässigkeit bei der Nichterfüllung des Vertrages darin, daß dem Lieferanten eine Nachlässigkeit zur Last fällt (Thun oder Nichtthun), deren Tragweite für die Vertragserfüllung er nicht voraussah, jedoch bei genügender Aufmerksamkeit hätte voraussehen können. — Strafbar ist die fahrlässige Nichterfüllung nur dann, wenn dadurch ein Schaden entstanden ist. Bei den im dritten Abs. genannten Unterlieferanten ist das zwar nicht ausdrücklich gesagt, aber aus dem Zusammenhange zu ergänzen. Binding, Grundriß **3**, 85, Olsh. 6. Über den Begriff des Schadens waltet die entsprechende Streitfrage ob, wie beim § 326. Nach dem dort Ausgeführten würde nur eine Schädigung der Kriegsbedürfnisse bezw. ein Ausbruch oder eine Verlängerung des Notstandes als Schaden anzusehen sein. Nicht aber wäre es Schaden, wenn die Behörde etwa einen andern Vertrag unter ungünstigeren Bedingungen abschließen müßte. So vornehmlich Laß 53, auch Binding, Grundriß **3**, 85. A. A. bes. Olsh. 6.

§ 330.

Wer bei der Leitung oder Ausführung eines Baues wider die allgemein anerkannten Regeln der Baukunst dergestalt handelt, daß hieraus für Andere Gefahr entsteht, wird mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

I. Daß unter den Begriff des **Baues** nicht nur Hoch-, sondern auch Tief- und Erdbauten fallen, ist sicher. Z. B. Errichtung eines Bahndammes. E **23**, 277. Schon aus diesem Grunde gehört auch die Ausschachtung des Grund und Bodens zur Herstellung eines Fundaments hierher. Bestritten aber ist die Frage, ob auch das Niederreißen eines Bauwerks sich als Bauen darstellt. Überwiegende Gründe sprechen für die Bejahung. So jetzt auch E **25**, 90. **28**, 318 gegen E **21**, 142.

Reparaturen fallen unter den Begriff des Baues, wenn durch sie das Bauwerk ganz oder teilweise neu errichtet oder beseitigt wird. S. Oppenh.-Del. 1, Olsh. 2.

II. **Thäter** kann sein:

1. wer den Bau leitet, d. h. wer die maßgebenden Anordnungen für die Ausführung des Baues im ganzen trifft. Die Benutzung von Zwischenorganen oder der Umstand, daß einzelne Arbeiten in Akkord gegeben sind, steht dem Begriffe der Bauleitung

Digitized by Google

nicht entgegen. Anderseits ist in der Anordnung nebensächlicher Arbeiten keine Leitung des Baues als Ganzen zu finden. S. die Urteile des RG's im Arch. **38**, 439. **39**, 323. Ebensowenig liegt eine Leitung des Baues in der bloßen Ausarbeitung des Planes;

2. wer den Bau ausführt. Hierdurch wird jeder irgendwie, wenn auch in untergeordneter Weise, bei dem Bau Mitwirkende getroffen. Dabei ist jedoch zu beachten, daß nur eine fehlerhafte Ausführung in Frage kommt. Wer die ihm von einem andern zugewiesene Arbeit technisch richtig ausführt, haftet nicht, wenn das Fehlerhafte in der Anordnung der Arbeit selbst liegt. Außerdem kommt in Betracht, daß die Fahrlässigkeit stets individuell festzustellen ist.

III. Die unter Strafe gestellte Thätigkeit besteht in dem **Handeln gegen die anerkannten Regeln der Baukunst.** Gegen diese Regeln aber kann auch durch Unterlassung, z. B. Nichtbeaufsichtigung der Arbeiter, verstoßen werden. Derartige Fälle sind unbedenklich als Handlung im weiteren Sinne hierher zu rechnen. R **5**, 8.

IV. Da der Zweck des Gesetzes gerade dahin geht, unberufene Personen von der Leitung oder Ausführung eines Baues abzuhalten, so kann Dolus nicht gefordert werden. Denn dieser müßte auch die Kenntnis der Bauregeln umfassen. Es genügt daher **Fahrlässigkeit.** R **5**, 8.

V. Zum Thatbestand gehört der **Eintritt einer Gefahr für andere,** d. h. für ihre Person. Nicht genügend ist eine Gefahr für das Eigentum. Wer die gefährdete Person ist, erscheint gleichgiltig. Namentlich gehört auch die Gefährdung der Bauhandwerker hierher. Ebensowenig ist erforderlich, daß die Gefahr durch Einstürzen drohe; es genügt auch eine Gefahr in hygienischer Beziehung. E **27**, 388. Anderseits aber muß eine Gefahr wirklich eingetreten sein; die bloße Möglichkeit einer solchen, z. B. für die etwa zu erwartenden oder für die zukünftigen Bewohner des Hauses, genügt nicht. Abweichend in letzterer Beziehung die herrschende Lehre. Vergl. E **6**, 129 und RG im Arch. **38**, 444. Indessen nähert sich E **31**, 180 der hier vertretenen Ansicht.

VI. Das Delikt ist **vollendet** mit dem Eintritt der Gefahr, dauert aber nicht so lange wie diese, ist also kein Dauerdelikt. So Kitzinger, Ort u. Zeit der Handlung im Strafrecht (1902) 259.

VII. Idealkonkurrenz mit §§ 222. 230 ist möglich.

VIII. Zur Ergänzung vergl. § 367 Nr. 13—15.

Achtundzwanzigster Abschnitt.

Verbrechen und Vergehen im Amte.

I. Die Amtsdelikte zerfallen in **eigentliche** und **uneigentliche.** Ein eigentliches Amtsdelikt liegt dann vor, wenn es nur von einem Beamten (§ 359), oder einer mit der Verwaltung eines Amtes betrauten Person (Olsh. 1) begangen werden kann (z. B. §§ 331. 332); ein uneigentliches, wenn die Beamtenqualität des Thäters nur einen Straferhöhungs- oder Strafschärfungsgrund bildet (z. B. 340. 342).

II. Über die Teilnahme bei Amtsdelikten vergl. §§ 47 VI. 48 III 1. 49 II 6. 50 III und über die Frage der mittelbaren Thäterschaft Vorbem. 3. 3. Abschn. d. 1. Tls. III 2.

§ 331.

Ein Beamter, welcher für eine in sein Amt einschlagende, an sich nicht pflichtwidrige Handlung Geschenke oder andere Vorteile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft:

Digitized by Google

I. Der der **passiven Bestechung im weiteren Sinne** (vergl. § 332) zu Grunde liegende Gedanke ist folgender:

1. Ein Beamter soll sich für eine Handlung, zu welcher er kraft seines Amtes verpflichtet ist, nicht besonders bezahlen lassen.
2. Ein Beamter soll sich auch für eine solche Handlung nicht besonders bezahlen lassen, zu deren Vornahme er kraft seines Amtes berechtigt ist. E 16, 300.

Beides würde schon durch das Wort „Amtshandlung" zum Ausdrucke kommen, und in der That nimmt die herrschende Lehre an, daß eine **in das Amt einschlagende Handlung** nichts anderes sei als eine „Amtshandlung". R 7, 175. Dem kann jedoch schon mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Ausdrucksweise nicht beigetreten werden. Man wird vielmehr unter einer in das Amt einschlagenden Handlung außer den Amtshandlungen auch solche zu verstehen haben, die von Amts wegen vorgenommen werden könnten, im Einzelfalle aber den Charakter von Privathandlungen haben. Wenn ein Verwaltungsbeamter bei der Regierung in offizieller Form den Bau einer Bahn befürwortet, so nimmt er eine Amtshandlung vor. Befürwortet er aber in privater Form, etwa bei einer Jagd, so nimmt er eine „in sein Amt einschlagende" Handlung vor. In jedem Falle ist er strafbar, sofern er gegen einen Vorteil handelt. Gegen eine Identifizierung der beiden Begriffe auch Simonson, Der Begriff des Vorteils (1889) 82.

Die Stelle bezieht sich nur auf solche in das Amt einschlagende Handlungen, die an sich nicht pflichtwidrig sind. Ist die in das Amt einschlagende Handlung pflichtwidrig, so findet § 332 Anwendung. Näheres s. u. II.

II. Die **Bestechungshandlung** besteht darin, daß der Beamte für eine in sein Amt einschlagende Handlung Geschenke oder andere Vorteile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt. Es muß also und zwar nach beiderseitiger Auffassung (E 11, 219) das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung begründet werden. Übliche Trinkgelder und andere nur bei Gelegenheit der Handlung gewährte, das allgemeine Wohlwollen bekundende oder auf gesellschaftliche Höflichkeit zurückführbare Leistungen gehören nicht hierher. Doch ist die Grenze sehr flüssig. E 2, 129. 19, 19.

Ob die in das Amt einschlagende Handlung der Bestechungshandlung voraufgeht oder nachfolgen soll, ist gleichgiltig. Im ersteren Falle ist nicht erforderlich, daß die in das Amt einschlagende Handlung gerade in Erwartung der späteren Leistung vorgenommen wurde. Es genügt, wenn sich diese als Entgelt für jene darstellt. Ebenso gleichgiltig ist, ob die in das Amt einschlagende Handlung in einem positiven Thun oder in einer Unterlassung besteht. E 16, 42. Immer aber muß sie als eine bestimmte in Frage stehen. Denn nur bei einer solchen läßt sich das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung denken. Daß auch Gruppen von Handlungen genügend bestimmt sein können, ist klar. Dagegen würde es an der erforderlichen Bestimmtheit fehlen, wenn der Beamte sich etwas schenken läßt für den Fall, daß etwa seine Thätigkeit unbestimmt wie und wann in Anspruch genommen werden sollte. Desgleichen nicht, wenn der Vater den Lehrern wegen der guten Behandlung, die sein Sohn ganz im allgemeinen bei ihnen erfahren hat, ein Faß Wein schenkt. E 2, 129. S. aber E 11, 219.

Einzelnes bezüglich der Bestechungshandlung:

1. Die herrschende Lehre rechnet nur **Vorteile** materieller Natur hierher, diese aber auch dann, wenn sie nur ganz vorübergehender Art sind, z. B. in der Gestattung des Beischlafs (E 9, 166) oder in der Spendung eines Trunkes bestehen. Dagegen wird die Beschränkung auf materielle Vorteile verworfen von Simonson a. a. O. 83 und Hälschner 2, 1037. Ihnen steht am nächsten Katzenstein, der Ztschr. 23, 172 unter Vorteil alles versteht, was geeignet ist, den materiellen oder ideellen Güterstand einer Person (mit Einschluß ihrer persönlichen Liebhabereiinteressen), wenn auch nur vorübergehend, zu wahren oder zu steigern. Alles dies geht zu weit. Hier wie sonst (§§ 49a VI 2. 257 VII. 259 V 3) kommt nur ein objektiv meßbarer, die rechtliche oder wirtschaftliche Lage verbessernder Vorteil in Betracht.

Digitized by Google

2. Sich **versprechen** läßt der Beamte nicht nur dann, wenn er den andern veranlaßt, ihm zu versprechen, — denn dies würde schon unter den Begriff des Forderns fallen — sondern auch dann, wenn er ein spontan gegebenes Versprechen ernstlich annimmt.
3. Die Leistung kann sowohl unmittelbar als auch mittelbar an den Beamten erfolgen, z. B. durch Vermittelung seiner Frau. Selbstverständlich aber muß bei der mittelbaren Bestechung der Beamte um das Geschenk und dessen Sinn wissen. Erst wenn er dies weiß und darauf hin annimmt, tritt die Vollendung ein. Vergl. Katzenstein, Ztschr. **23**, 188.

III. Wegen des **Dolus** s. o. II und u. V.

IV. Der Gewährende oder Versprechende begeht kein besonderes Delikt (vergl. dagegen § 333), kann auch nicht wegen **Teilnahme** zur Verantwortung gezogen werden. Siehe Vorbem. z. 3. Abschn. d. allgem. Tls. V 1. Wohl aber kann in dem Gewähren usw. eine Beleidigung liegen, die aber möglicherweise wiederum gemäß § 193 entfällt. Vergl. **E 31**, 194.

V. Die **Rechtswidrigkeit der Handlung** wird (abgesehen von einer etwa auf das Gesetz zurückführbaren Ermächtigung zur Annahme von Geschenken, vergl. Kronecker Arch. **31**, 160 ff. und Reichsbeamtengesetz § 15) insbesondere dann beseitigt, wenn dem Beamten ein Anspruch auf Gebühren zusteht. Die Gebührenüberhebung beurteilt sich nach § 352. Die Passivbestechung setzt voraus, daß die Leistung mit dem Bewußtsein der mangelnden Verpflichtung erfolge. **E 31**, 389.

§ 332.

Ein Beamter, welcher für eine Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, Geschenke oder andere Vorteile annimmt, fordert oder sich versprechen läßt, wird wegen Bestechung mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein.

I. Die **passive Bestechung im engeren Sinne des Wortes** unterscheidet sich von der passiven Bestechung im weiteren Sinne des Wortes (vergl. § 331) dadurch, daß die Handlung, für welche der Beamte eine Leistung annimmt, eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthalten muß. Hierdurch erklärt sich der Verbrechenscharakter des Delikts, der auch den **Versuch** strafbar macht. So mit Recht Olsh. 6. Ein Versuch würde z. B. vorliegen, wenn der Brief, in welchem der Beamte um ein Geschenk bittet, seine Adresse nicht erreicht. Auch hier nimmt die herrschende Lehre an, es müsse eine Amtshandlung in Frage stehen. Indessen wird man ebenso wie im § 331 nur eine in das Amt einschlagende Handlung zu fordern haben, d. h. eine solche, die entweder Amtshandlung ist oder zwar als Privathandlung auftritt, aber doch in das Gebiet der dem betreffenden Beamten zustehenden Amtshandlungen fällt. Wenn der zu § 331 I erwähnte Verwaltungsbeamte sich bezahlen läßt, um privatim gegen bessere Überzeugung höheren Orts den Bau einer Bahn zu befürworten, so ist er auf Grund des § 332 strafbar.

Zu bemerken ist, daß die „Handlung", für welche eine Leistung gewährt wurde, auch hier eine Unterlassung sein kann. **E 10**, 64. Läßt sich ein Beamter für eine reine Privathandlung bezahlen, die er nur mit Einwilligung seiner vorgesetzten Behörde vornehmen dürfte, so liegt darin passive Bestechung nur unter der Voraussetzung, daß die Bezahlung gerade für die Nichteinholung der Genehmigung erfolgte. **E 16**, 42. Vergl. auch § 12 des Reichsbeamtengesetzes.

II. Über die **Bestechungshandlung** s. im allgemeinen § 331. — Zum **Dolus** gehört

Digitized by Google

das Bewußtsein, daß die Handlung, für welche geleistet wird, eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthält. Der objektive Mangel der Pflichtwidrigkeit wird durch irrtümliche Annahme derselben nicht ersetzt. Auch der Fall gehört nicht hierher, daß der Beamte dem dritten gegenüber eine bestimmte pflichtgemäße Handlung als pflichtwidrig bezeichnet und ihn so vielleicht erst zur Leistung bestimmt. Vergl. E 10, 64. Im übrigen s. wegen des Dolus § 332 II.

Gleichgiltig ist auch hier, in welchem zeitlichen Verhältnis die Bestechungshandlung und die in das Amt einschlagende Handlung zu einander stehen. S. § 332 II. Annahme eines Vorteils (§ 331 II 1), nur um ihn als Beweismittel für die aktive Bestechung zu benutzen, genügt nicht.

III. Ist das pflichtwidrige Verhalten strafbar, so steht es zu der passiven Bestechung im Verhältnisse der Realkonkurrenz.

IV. Derjenige, welcher leistet usw., ist nicht wegen **Teilnahme** an dem Delikte des § 332 zu bestrafen. S. § 332 IV. Wohl aber kann seine Strafbarkeit im § 333 begründet sein.

V. Militärisches Spezialdelikt s. MStGB § 140.

§ 333.

Wer einem Beamten oder einem Mitgliede der bewaffneten Macht Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, um ihn zu einer Handlung, die eine Verletzung einer Amts- oder Dienstpflicht enthält, zu bestimmen, wird wegen Bestechung mit Gefängnis bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann auf Geldstrafe bis zu eintausendfünfhundert Mark erkannt werden.

I. **Aktive Bestechung** ist nur strafbar als Gegenstück der passiven im engeren Sinne (§ 332), d. h. wenn die Handlung des Beamten, um derentwillen ein Vorteil gewährt wird, eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht enthält (s. jedoch § 334). Sie gehört nicht zu den Beamtendelikten und ist nur wegen ihres inneren Zusammenhangs mit der passiven Bestechung zu diesen gestellt worden.

II. Aber auch nicht jede der passiven Bestechung im engeren Sinne entsprechende Handlung ist als aktive Bestechung im Sinne des StGB's zu charakterisieren. Es ist vielmehr erforderlich, daß der Thäter den Zweck verfolgt, den Beamten zur Vornahme einer der Amts- oder Dienstpflicht widerstreitenden Handlung zu bestimmen. Demnach muß die Handlung, wenn auch nicht objektiv, so doch nach der Meinung des Thäters noch bevorstehen. E 19, 206. Straflos ist daher das Anerbieten oder Gewähren einer Belohnung für eine, sei es wirklich, sei es nur vermeintlich bereits vollzogene pflichtwidrige Handlung. Es ergiebt sich aber weiter, daß zum **Dolus** (außer dem bezeichneten Zwecke) das Bewußtsein gehört, die angesonnene Handlung (oder Unterlassung) involviere eine Verletzung der Amts- oder Dienstpflicht. Der Umstand, daß die angesonnene Handlung nur nach der Meinung des Thäters, nicht aber thatsächlich eine Pflichtwidrigkeit enthält, ist nicht geeignet, die Strafbarkeit zu begründen. Es liegt in einem solchen Falle höchstens ein Putativdelikt vor. A. A. müßte das RG in Konsequenz seiner zu § 268 I 1 zitierten Auffassung sein.

Prozessualisch kann der Richter den von dem Thäter verfolgten Zweck in jeder denkbaren Weise feststellen, namentlich auch aus den Umständen entnehmen. Es ist keineswegs erforderlich, daß der Zweck bei der Hingabe oder dem Anerbieten des Vorteils ausdrücklich hervorgehoben werde. Drückt jemand, der bei der Begehung einer strafbaren Handlung durch einen Polizeibeamten ertappt wird, diesem ein Geldstück in die Hand, so wird

Digitized by Google

im Zweifel anzunehmen sein, daß er dabei den Zweck verfolgt, den Beamten von Erstattung der pflichtmäßigen Anzeige abzuhalten.

III. Zur **Vollendung** der Bestechung gehört nicht die Erreichung des Zweckes, das heißt: es ist nicht nötig, daß der Beamte die Pflichtwidrigkeit in der That begangen hat, zu der er veranlaßt werden sollte. Vielmehr tritt die Vollendung schon ein, sobald dem Beamten Geschenke oder andere Vorteile (§ 331 II 1) angeboten, versprochen oder gewährt sind. Dabei ist das Anbieten scharf zu unterscheiden von einem Ausmalen der Vorteile, die der Beamte durch Begehung einer pflichtwidrigen Handlung sich selbst erringen könne. Wer einen Beamten etwa zu einer Unterschlagung im Amte dadurch veranlaßt, daß er den zu erwerbenden Vermögensvorteil als verlockend hinstellt, stiftet ihn an, aber besticht ihn nicht. Vergl. E 4, 421 und § 49a VI 2. — Der **Versuch** ist wegen des Verbrechenscharakters strafbar und namentlich nach Analogie des zu § 332 I mitgeteilten Beispiels sehr wohl zu konstruieren. S. des näheren Katzenstein, Ztschr. 23, 191.

Ebenso wie die passive Bestechung kann auch die aktive sowohl **mittelbar** wie **unmittelbar** vorgenommen werden, das heißt: der Vorteil usw. braucht dem Beamten nicht persönlich angeboten, versprochen oder gewährt zu werden, sondern es genügt auch ein einer andern Person, z. B. der Ehefrau, angebotener, versprochener oder gewährter Vorteil, jedoch nur unter der doppelten Voraussetzung, daß 1. dieser Vorteil dem Beamten auch persönlich zu gute kommen soll, und daß 2. der Beamte von der Zuwendung Kenntnis erhält. Denn nur unter diesen beiden Voraussetzungen kann die Zuwendung von Einfluß auf die Willensbildung des Beamten sein. E 1, 404. R 3, 176. Über den Eintritt der Vollendung in diesem Falle gilt das zu § 331 II 3 Gesagte in entsprechender Weise. — Fehlt es an einer der erwähnten Voraussetzungen, so kann wohl straflose Erkaufung der Fürsprache einer Mittelsperson vorliegen, aber keine Bestechung. E 13, 396.

IV. Hat der Beamte zufolge der Bestechung eine pflichtwidrige Handlung begangen, und ist diese strafbar, so liegt **Idealkonkurrenz** zwischen Bestechung und Anstiftung vor. So die herrschende Lehre, während Binding 1, 495 annimmt, die Bestechung falle gegenüber der Anstiftung weg. — Idealkonkurrenz mit § 49a ist wegen der Subsidiarität dieses Delikts ausgeschlossen. Anders die herrschende Lehre. Vergl. § 49a II.

§ 334.

Ein Richter, Schiedsrichter, Geschworener oder Schöffe, welcher Geschenke oder andere Vorteile fordert, annimmt oder sich versprechen läßt, um eine Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zu Gunsten oder zum Nachteile eines Beteiligten zu leiten oder zu entscheiden, wird mit Zuchthaus bestraft.

Derjenige, welcher einem Richter, Schiedsrichter, Geschworenen oder Schöffen zu dem vorbezeichneten Zwecke Geschenke oder andere Vorteile anbietet, verspricht oder gewährt, wird mit Zuchthaus bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe ein.

I. **Die aktive und die passive Richterbestechung** beurteilen sich in erster Linie nach den §§ 331—333, vorausgesetzt natürlich, daß der Richter ein Beamter im Sinne des § 359 ist. Erfolgt jedoch die Bestechung zu dem speziellen Zwecke, die Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache in bestimmtem Sinne zu beeinflussen, so bildet sie ein eigentümliches Delikt. Dabei kommt es nicht darauf an, ob die intendierte Art und Weise der Leitung oder Entscheidung eine Pflichtverletzung enthält oder nicht. Vielmehr liegt auch dann Bestechung vor, wenn sie gerade die rechtlich gebotene ist. Die eigentümliche Bedeutung der Richterbestechung liegt also nicht nur in einer erheb-

Digitized by Google

lichen Schärfung des Strafmaßes (vergl. §§ 331—333), sondern auch darin, daß die aktive Richterbestechung strafbar sein kann, auch wenn es die entsprechende sonstige Bestechung nach § 333 nicht wäre. A. A. Meyer 680.

II. Der Begriff des **Richters** steht nach dem Wortlaute des Gesetzes in einem gewissen Gegensatze zu dem der Schiedsrichter, Geschworenen oder Schöffen, insofern er nämlich auf Beamte zu beschränken ist, die kraft ihres Amtes Rechtssachen in einem geordneten Verfahren zu erledigen haben. Auf den Titel kommt es nicht an; auch Mitglieder besonderer Gerichte gehören hierher, selbst wenn sich das Gericht nur mit Sachen der nicht-ordentlichen Gerichtsbarkeit befaßt (Disziplinargerichte, Verwaltungsgerichte). Die herrschende Lehre weicht insofern ab, als sie auf die Beamtenqualität keinen Wert legt und demgemäß auch nichtbeamtete Mitglieder eines Verwaltungsgerichts hierher rechnet. Vergl. Olsh. 1 und Oppenheim, Die Rechtsbeugungsverbrechen (1886) 57 ff., Katzenstein, Ztschr. 23, 176 (der übrigens die hier vertretene Ansicht nicht richtig wiedergiebt). Dem ist nicht beizutreten; denn offenbar soll die Aufzählung der Laienrichter erschöpfend sein. Der Umstand, daß das StGB hinter der modernen Entwicklung zurückgeblieben ist, rechtfertigt die analoge Ausdehnung in keiner Weise. Allerdings wird man zugeben müssen, daß die Stelle auf Handelsrichter Anwendung findet, aber nur deshalb, weil GVG § 116 diesen die Pflichten der Berufsrichter auferlegt. Der Ausschluß der Schiedsmänner wird allgemein zugegeben.

III. Die Bestechung muß erfolgen, um den Richter usw. zur **Leitung oder Entscheidung** einer Rechtssache, deren Leitung oder Entscheidung ihm obliegt, zu Gunsten oder zu Ungunsten eines Beteiligten zu bestimmen. Hierin liegt folgendes:

1. Die Leitung oder Entscheidung muß dem Richter obliegen. Trifft das nicht zu, so ist das Delikt jedenfalls nicht vollendet. Für den Fall, daß die Zuständigkeit nachträglich begründet wird, nimmt Olsh. 1 mit Recht ein bedingtes Verbrechen an. Wird aber der Richter auch nicht nachträglich zuständig, so liegt ein strafloses Putativdelikt vor. So jetzt der Sache nach auch Katzenstein a. a. O. 182. A. A. Olsh. 8, der Versuch annimmt. Vergl. Teichmüller, Die Bestechung (1887) 25. 59, Hälschner 2, 1069.
2. Leitung oder Entscheidung müssen nach der Ansicht des aktiv Bestechenden noch ganz oder teilweise bevorstehen.
3. Es muß sich um eine **Rechtssache** handeln, s. darüber § 356.

IV. Der **Versuch** ist möglich und strafbar. S. § 333 III.

§ 335.

In den Fällen der §§ 331 bis 334 ist im Urteile das Empfangene oder der Wert desselben für dem Staate verfallen zu erklären.

I. **Die bei der Bestechung unterlaufenden Geschenke u. dergl. sind keineswegs immer als instrumenta sceleris im Sinne des § 40 anzusehen.** Denn sofern das Delikt schon mit dem Anbieten, Versprechen, Fordern vollendet ist, erscheint die nachträgliche thatsächliche Gewährung des Vorteils irrelevant. Eben deshalb würde auf Grund des § 40 die Einziehung nur dann ausgesprochen werden können, wenn gerade durch die Hingabe oder Entgegennahme das Delikt begangen würde. Um diese Ungleichheiten abzuschneiden, bestimmt § 335 schlechthin, daß das Empfangene dem Staate verfallen sei, mithin auch dann, wenn seine Hingabe der Vollendung des Delikts erst nachfolgte.

II. **Empfangen** ist jeder Vorteil, über den der Beamte thatsächlich zu verfügen vermochte, auch wenn er es abgelehnt hat ihn zu behalten, oder wenn er zur Zeit des Urteils die Verfügungsgewalt nicht mehr hat. Nicht nur Sachen, sondern auch Forderungen, Rechte aller Art oder Handlungen können empfangen sein. Vergl. Köbner, Einziehung (1891) 17. Dagegen sind nur angebotene oder versprochene oder geforderte Vorteile nicht

Digitized by Google

empfangen. Derartige Vorteile unterliegen, sofern sie Gegenstände sind, der fakultativen Einziehung des § 40. R 2, 275.

III. Die **Verfallerklärung** ist in ihren Wirkungen gleichbedeutend mit der Einziehung des § 40, der Voraussetzung und dem Umfange nach aber davon verschieden. Außer dem bereits Gesagten zeigt sich der Unterschied in folgenden Punkten:

1. Die Verfallerklärung ist obligatorisch.
2. Sie erstreckt sich auf den **Wert** der empfangenen Leistung. Besteht die letztere in einer Handlung oder Unterlassung, so ist die Verfallerklärung auf den Wert zu beschränken. Jastrow, Arch. 33, 60 ff. Im übrigen ist es bestritten, ob das Gericht im Urteile den Verfall des „Empfangenen oder des Wertes desselben" auszusprechen hat (Rubo 1. 2), oder ob es sich auf das eine oder das andere nach seinem Ermessen beschränken darf (herrschende Ansicht) oder beschränken muß (Alcalay, Bestechung [1889] 59). Die erstere Ansicht verdient deshalb den Vorzug, weil die Erstattung des Wertes ihre Bedeutung für den Fall der Unbeitreibbarkeit hat. Vergl. Jastrow a. a. O. Nur muß hinzugefügt werden, daß, wenn die Unbeitreibbarkeit des Empfangenen zur Zeit der Urteilsfällung sicher ist (z. B. weil es in einer Handlung bestand), der Richter nur den Wert für verfallen erklären darf. Ein Fall der Unbeitreibbarkeit liegt aber auch dann vor, wenn die empfangene Sache im Eigentum eines dritten steht und dieser zur Aufgabe seines Eigentums nicht bereit ist. Eine so einschneidende Maßregel wie die Einziehung einer einem dritten gehörigen Sache wird im Gesetze stets ausdrücklich sanktioniert. Es wäre in der That auch horrend, wenn der Eigentümer eines Brillantschmuckes deshalb das Eigentum daran verlieren müßte, weil ihn der Goldarbeiter einem Schutzmann in die Hand gedrückt hat. Abweichend die herrschende Lehre. — Tritt aber Wertsersatz im Falle der Unbeitreibbarkeit ein, so steht es auch nicht im Belieben des Verurteilten, was er leisten will. Insofern abweichend Rubo 1. 2, der eine Alternativobligation annimmt. Das Urteil ist vielmehr ebenso auszulegen und zu vollstrecken, wie ein auf subsidiäre Freiheitsstrafe lautendes, nur daß an Stelle des Empfangenen oder dessen Wertes niemals eine Freiheitsstrafe treten darf. E 22, 103. Es ergiebt sich danach aber auch, daß „das Empfangene" im Urteil konkret zu bezeichnen und sein Wert zu berechnen ist.

IV. **Ein objektives Strafverfahren** (§ 42) findet in diesem Falle nicht statt. Denn die Verfallerklärung „im Urteile" kann hier im Zusammenhange der Bestimmungen nur bedeuten, daß sie neben einer Strafe auszusprechen ist. Vergl. Olsh. 6.

§ 336.

Ein Beamter oder Schiedsrichter, welcher sich bei der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache vorsätzlich zu Gunsten oder zum Nachteile einer Partei einer Beugung des Rechtes schuldig macht, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

I. Das Delikt der **Rechtsbeugung** kann von jedem Beamten (also nicht nur einem Richter) begangen werden, sofern er in die Lage kommen kann, eine Rechtssache (vergl. § 356) zu leiten oder zu entscheiden; z. B. von einem Verwaltungsbeamten, zu dessen Geschäftskreis der Erlaß polizeilicher Strafverfügungen gehört. E 25, 276. 26, 56. Dem Beamten steht der Schiedsrichter gleich, dagegen nicht der Geschworene und der Schöffe. Wegen des Handelsrichters s. § 334 II.

II. Die **Handlung** besteht in der vorsätzlichen Beugung des Rechts zu Gunsten oder zum Nachteile einer Partei bei Gelegenheit der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache. Der Thäter muß also wissen, daß er das Recht falsch oder einen anzuwendenden Rechtssatz nicht anwendet, und er muß weiter wissen, daß dies einer Partei (nicht bloß

Digitized by Google

einem Zeugen oder einer sonstigen dritten Person) zum Vorteile oder Nachteile gereicht. Ob die Rechtsbeugung sich auf die Leitung (prozessuale Seite) oder auf die Entscheidung (materielle Seite) bezieht, ist gleichgiltig. So die herrschende Lehre.

III. Was die Frage der **Vollendung** betrifft, so ist zu betonen, daß die Bevorzugung oder Benachteiligung einer Partei sich als Erfolg darstellt, daß also vor dem einen oder dem andern nur Versuch vorliegt. Dagegen faßt Olsh. 3 die Bevorzugung oder Benachteiligung rein subjektiv im Sinne des erstrebten Erfolgs. Bevorzugung oder Benachteiligung kann sich aber schon aus der prozessualen Situation ergeben, welche den Parteien aufgedrängt wird. So, wenn etwa der Beklagte in die Lage versetzt wird, zur Wahrung seiner Interessen Berufung einlegen zu müssen. Die bewußtermaßen falsche Abstimmung in einem Kollegium stellt **Versuch** dar, wenn die entgegengesetzte Ansicht durchdringt. Subjektiv falsches, aber objektiv richtiges Judizieren bildet ein Putativdelikt. So Kohler, Studien 1, 35. Die herrschende Lehre sieht darin Versuch.

IV. Spezialfälle s. §§ 344—346.

§ 337.

Ersetzt durch

Gesetz über die Beurkundung des Personenstandes und über die Eheschließung

v. 6./2 1875, Abs. 2 hinzugefügt durch EG z. BGB Art. 46 III.

§ 67.

Ein Geistlicher oder anderer Religionsdiener, welcher zu den religiösen Feierlichkeiten einer Eheschließung schreitet, bevor ihm nachgewiesen worden ist, daß die Ehe vor dem Standesbeamten geschlossen sei, wird mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu drei Monaten bestraft.

Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Geistliche oder der Religionsdiener im Falle einer lebensgefährlichen, einen Aufschub nicht gestattenden Erkrankung eines der Verlobten zu den religiösen Feierlichkeiten der Eheschließung schreitet.

---

§ 338.

Ein Religionsdiener oder Personenstandsbeamter, welcher, wissend, daß eine Person verheiratet ist, eine neue Ehe derselben schließt, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

I. Eine bestimmte Art der Beihilfe zur Bigamie wird hier zum del. s. g. erhoben. Vergl. § 171 III.

II. Zu den Personenstandsbeamten gehören auch deren Stellvertreter. Religionsdiener können zufolge des Instituts der Zivilehe nur unter ganz besonderen Umständen (Grenzpfarreien) als Thäter in Betracht kommen. (Der Religionsdiener, der eine bigamische Ehe kirchlich einsegnet, fällt nicht unter das Gesetz.)

III. Auf Ehen, die unter der Herrschaft des BGB's eingegangen sind, kann die Stelle keine Anwendung finden. Denn nach neuem Rechte schließt der Personenstandsbeamte die Ehe überhaupt nicht mehr ab. Er erscheint in Zukunft einfach als Gehilfe der Bigamie (§ 171). Ebenso Binding, Lehrb. 227.

Digitized by Google

§ 339.

Ein Beamter, welcher durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung widerrechtlich nötigt, wird mit Gefängnis bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

In den Fällen der §§ 106, 107, 167 und 253 tritt die daselbst angedrohte Strafe ein, wenn die Handlung von einem Beamten, wenn auch ohne Gewalt oder Drohung, aber durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder Androhung eines bestimmten Mißbrauchs derselben begangen ist.

I. Während die Nötigung (§ 240) und die ihr verwandten Delikte des zweiten Absatzes im allgemeinen nur dann strafbar sind, wenn sie durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einer strafbaren Handlung begangen werden, ist die Strafbarkeit des Beamten auf den Fall erstreckt, daß er durch Mißbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Mißbrauchs nötigt. Sogenannte **Bedrückung.**

II. Die **Amtsgewalt** läßt sich mit Meves in Holtzend. Handb. 3, 974 definieren als Inbegriff aller einem Beamten anvertrauten Funktionen. Zu eng fassen den Begriff Olsh. 3 und Oppenh.-Del. 3, indem sie ihn nur auf die Befugnis beziehen, unter gewissen Voraussetzungen zu Zwangsmaßregeln überzugehen. Mit Recht hat daher E 9, 228 Mißbrauch der Amtsgewalt in einem Falle angenommen, in welchem ein Steuerbeamter mit Erhöhung der Einschätzung gedroht hatte. Ebenso würde es strafbar sein, wenn ein beamtetes Mitglied einer Prüfungskommission einen Examinanden oder dessen Vater mit Durchfallenlassen bedrohte.

Mißbrauch der Amtsgewalt liegt vor, wenn der Beamte von den ihm als solchem zustehenden Befugnissen Gebrauch macht, ohne daß die gesetzlichen Voraussetzungen dafür gegeben sind. Wer als Beamter mit einer Maßregel vorgeht, die niemals und unter keinen Voraussetzungen in seinem Amte begründet ist, macht sich aus § 339 nicht strafbar. A. A. Rüd.-Stengl. 1. Diesen wäre beizutreten, wenn die Amtsgewalt sich als ein rein thatsächliches Verhältnis auffassen ließe.

III. Wird die Nötigung nicht mittels des Mißbrauchs der Amtsgewalt, sondern mittels **Androhung** (vergl. § 126) eines solchen vorgenommen, so genügt eine ganz allgemein gehaltene Drohung nicht. Es würde z. B. nicht ausreichen, wenn der Bürgermeister zu einem seiner Ortsangehörigen sagt: Ich werde dich meine Macht fühlen lassen. — Daß die Drohung mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen werde, ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn der Bedrohte den Sinn der Äußerung aus dem Zusammenhange entnehmen konnte. E 9, 228.

§ 340.

Ein Beamter, welcher in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes vorsätzlich eine Körperverletzung begeht oder begehen läßt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so kann die Strafe bis auf Einen Tag Gefängnis ermäßigt oder auf Geldstrafe bis zu neunhundert Mark erkannt werden.

Ist die Körperverletzung eine schwere, so ist auf Zuchthaus nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter drei Monaten ein.

Digitized by Google

I. Die **Körperverletzung im Amte** ist vom Gesetze aus dem systematischen Zusammenhange mit der Körperverletzung im übrigen losgelöst und unter die Vergehen im Amte gestellt worden. Daß hierbei andere als rein systematische Gesichtspunkte mitgesprochen hätten, ist nicht ersichtlich. S. bes. Rosenfeld, Die Nebenklage des Reichsstrafprozesses (1900) 166. Daraus ergiebt sich die Zulässigkeit der **Buße.** E 12, 223. R 8, 409. A. A. Rüb.-Stengl. 7, Oppenh. (13. Aufl.) 10. Wie im 17. Abschnitte die Körperverletzung teils mit Rücksicht auf die Art und Weise der Begehung, teils mit Rücksicht auf den Erfolg qualifiziert wird, so wird hier aus der Stellung des Thäters ein Qualifikationsgrund entnommen. Daraus folgt, daß die im Amte begangene Körperverletzung keine leichte und darum **weder Antragsdelikt** (nach § 232), **noch kompensationsfähig** ist (§ 233). So die durchaus herrschende Lehre. — Treten noch weitere erschwerende Umstände hinzu, d. h. ist die im Amte begangene Körperverletzung gleichzeitig eine gefährliche oder eine mit tödtlichem Erfolge, so nimmt Olsh. 6 Idealkonkurrenz an. Dagegen E 6, 432. R 6, 212, oben § 73 VII 1. Daß Konkurrenz mit § 224 durch den zweiten Absatz des § 340 ausgeschlossen wird, giebt man allgemein zu. Vergl. E 12, 223.

II. Im Amte begangen ist die Körperverletzung:

1. wenn sie **in Ausübung des Amtes** erfolgt, das heißt: wenn der Beamte, als solcher auftretend, amtliche Zwecke durch eine Körperverletzung zu erreichen sucht. Die Frage, ob die Handlung nicht kraft besonderer Vorschriften rechtgemäß ist, kann nur auf Grund der speziellen Verhältnisse beantwortet werden. In Betracht kommen namentlich die Befugnisse zum Waffengebrauche des Militärs, der Grenzaufsichts-, der Forst-, Jagd- und Gefängnisbeamten. Ein häufiger Fall ist die Überschreitung des Züchtigungsrechts seitens eines Lehrers. S. Vorbem. z. 17. Abschn. II. Außerdem gehören hierher die Schläge, die ein Schutzmann dem zu Verhaftenden versetzt;
2. wenn sie **in Veranlassung der Ausübung eines Amtes** erfolgt. „In Veranlassung" ist nicht gleichbedeutend mit „bei Gelegenheit". Wenn ein Briefträger z. B. seine amtliche Anwesenheit in der Wohnung jemandes benutzt, um ihn zu prügeln, so thut er dies nicht notwendigerweise in Veranlassung seines Amtes. Vielmehr erfordert der Begriff der Veranlassung, daß der Thäter durch seine Amtsausübung zu der Körperverletzung „bestimmt" wird. Ähnlich R 4, 140. Z. B.: der Staatsanwalt ohrfeigt im Kasino einen Rechtsanwalt, weil ihm dieser an demselben Tage in einer Verhandlung zu schneidig entgegengetreten ist. Olsh. 4 begnügt sich mit „innerem Zusammenhange", erklärt aber nicht, worin dieser besteht.

III. Der Beamte macht sich nicht nur strafbar, wenn er die Körperverletzung selbst begeht, sondern auch, wenn er sie **begehen läßt.** Versteht man diesen Ausdruck im Sinne des „Veranlassens", also der Anstiftung, so ist er überflüssig. Das Gleiche gilt für die Auffassung, welche annimmt, daß der Beamte hafte, sofern er kraft sonst geltender Bestimmungen zur Verhinderung der Körperverletzung verpflichtet sei (v. Liszt § 179). Man hat vielmehr die hervorgehobenen Worte so zu verstehen, daß das StGB selbst den Beamten eine derartige Pflicht unter Strafandrohung auferlegt. Zwar kann diese Hinderungspflicht unmöglich gegenüber jedermann angenommen werden, wohl aber gegenüber solchen Personen, die der Amtsgewalt unterworfen sind, also nicht nur gegenüber andern Beamten. Dagegen verstehen in wesentlicher Übereinstimmung Hälschner 2, 1048, Olsh. 3, E 5, 332 (bzgl. § 345) das Gesetz so, daß irgend eine Mitwirkung der Beamten erforderlich sei. Dann würde die Tragweite der Bestimmung in der Gleichstellung von Thäterschaft und Beihilfe liegen.

§ 341.

Ein Beamter, welcher vorsätzlich, ohne hierzu berechtigt zu sein, eine Verhaftung oder vorläufige Ergreifung und Festnahme oder Zwangsgestellung vornimmt oder vornehmen läßt, oder die Dauer einer Freiheitsentziehung

Digitized by Google

verlängert, wird nach Vorschrift des § 239, jedoch mindestens mit Gefängnis von drei Monaten bestraft.

I. Die **Freiheitsberaubung im Amte** stellt einen qualifizierten Fall des Delikts aus § 239 dar. Wenn das dort (§ 239) gebrauchte Wort „widerrechtlich" hier in einen Satz aufgelöst wird, so hat dies, wie jetzt allgemein zugegeben wird, keine sachliche Bedeutung.

II. Im einzelnen ist zu bemerken:

1. Thäter kann jeder Beamte (§ 359) sein, nicht nur ein solcher, der zu Verhaftungen usw. berechtigt ist. Anderseits aber muß der Beamte als Beamter auftreten. E 27, 287.
2. Wegen des Ausdrucks „vornehmen läßt" s. § 340 III.
3. Wird die Dauer einer Freiheitsstrafe verlängert, so findet nur § 345 Anwendung. Hälschner 2, 1052, Olsh. 2.

§ 342.

Ein Beamter, der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung seines Amtes einen Hausfriedensbruch (§ 123) begeht, wird mit Gefängnis bis zu Einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu neunhundert Mark bestraft.

I. Der **Hausfriedensbruch im Amte** verhält sich zum einfachen Hausfriedensbruch (§ 123) genau wie die Körperverletzung im Amte (§ 340) zur einfachen Körperverletzung. Aus den Bemerkungen zu § 340 I folgt:

1. Strafantrag ist nicht erforderlich.
2. Liegt gleichzeitig der § 123 Abs. 3 normierte Strafschärfungsgrund vor, so ist die dort festgesetzte Strafe maßgebend. Ebenso im Ergebnis Olsh. 4, Rüd-Stengl. 3, E 32, 402. A. A. Hälschner 2, 1053, Oppenh.-Del. 8.

II. Die Widerrechtlichkeit wird durch amtliche Befugnisse (z. B. Durchsuchung, Verhaftung) ausgeschlossen, kann aber durch Überschreitung derselben wiederum begründet werden. In diesem Falle muß subjektiv das Bewußtsein der Amtsüberschreitung vorhanden sein.

§ 343.

Ein Beamter, welcher in einer Untersuchung Zwangsmittel anwendet oder anwenden läßt, um Geständnisse oder Aussagen zu erpressen, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft.

I. **Untersuchung** ist jedes Verfahren, das die Ermittelung einer strafbaren Handlung und die Herbeiführung der gesetzlichen Repression zum Zwecke hat. E 25, 366. Es gehört also nicht nur das Straf-, sondern auch das Disziplinarverfahren hierher und nicht minder das gegen Kinder wegen einer von ihnen begangenen strafbaren Handlung zum Zwecke der Unterbringung in einer Besserungs- oder Erziehungsanstalt eingeleitete Verfahren. Gleichgiltig ist das Stadium, in dem sich die Sache befindet. Schon die ersten Schritte der Polizei- und Sicherheitsbeamten erfüllen den Begriff der Untersuchung. E 6, 82.

II. Die Handlung besteht darin, daß der Beamte **Zwangsmittel** selbst anwendet oder „anwenden läßt". Vergl. darüber § 340 III. Welcher Art die Zwangsmittel sind, ist gleichgiltig, sofern ihre Anwendung rechtswidrig ist und zu dem im Gesetze bezeichneten Zwecke erfolgt. Nach der StPO sind derartige Zwangsmittel nur gegen Zeugen und Sachverständige, aber nicht gegen den Beschuldigten zulässig. Für das Verfahren in den afrikanischen Schutzgebieten ist jetzt die Verfügung des Reichskanzlers vom 27./1 1896 maßgebend.

Digitized by Google

III. Der **Zweck** der Handlung muß auf die Erpressung von Geständnissen oder Aussagen gerichtet sein. Die Anwendung von Zwangsmitteln zur Entlarvung eines Simulanten fällt somit nicht unter diese Stelle.

§ 344.

Ein Beamter, welcher vorsätzlich zum Nachteile einer Person, deren Unschuld ihm bekannt ist, die Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung beantragt oder beschließt, wird mit Zuchthaus bestraft.

I. Des Delikts der **falschen Untersuchung** kann sich nur ein solcher Beamter schuldig machen, der von Amts wegen zur Verfolgung oder Untersuchung kriminell oder disziplinarisch strafbarer Handlungen berufen ist. Hierher gehören namentlich Staatsanwälte und Richter, und zwar handelt es sich dabei um eine eigentümliche Form der Rechtsbeugung; deshalb liegt keineswegs ein Spezialfall des Delikts der falschen Anschuldigung (§ 164), sondern ein solcher des § 336 vor.

II. Die **Handlung** besteht in der Beantragung oder Beschließung der Eröffnung oder Fortsetzung einer Untersuchung gegen eine unschuldige Person. Der Begriff der Untersuchung ist derselbe wie im § 343. An sich gehört auch das Ermittelungsverfahren hierher; doch ist die Einleitung eines solchen deshalb nicht strafbar, weil es dazu keines Beschlusses bedarf. Es wird also eine „förmliche" Untersuchung gefordert. So Olsh. 2, Oppenheim, Die Rechtsbeugungsverbrechen (1886) 144 ff., Oppenh.-Del. 2, Rüd.-Stengl. 2. A. A. Meyer 682. Dagegen macht sich der Staatsanwalt strafbar, wenn er nach erlangter Überzeugung von der Unschuld des Beschuldigten die Eröffnung der Voruntersuchung oder des Hauptverfahrens, wohl auch, wenn er in der Hauptverhandlung nach erst jetzt erlangter Überzeugung von der Unschuld ein ungünstiges Urteil beantragt. So Oppenheim a. a. O. 145, Olsh. 2. Dagegen gehört die falsche Verurteilung nicht hierher, sondern nur unter § 336. A. A. Meyer 683, der das Gegenteil aus den allerdings sehr auffallenden Strafmaßen der §§ 336 und 344 folgert. — Die Unschuld des Verfolgten kommt immer nur in Beziehung zu der Untersuchung in Betracht, das heißt: es muß sich um die Verfolgung einer Person handeln, die gerade an dem Delikt, wegen dessen sie verfolgt wird, unschuldig ist. Daher gehört auch die Verfolgung unter dem Gesichtspunkte einer schwereren Verschuldung (z. B. wegen Mords anstatt fahrlässiger Tötung) hierher.

III. Zum **Dolus** gehört:

1. die **Kenntnis** von der Unschuld des Verfolgten in dem unter II dargestellten Sinne. Dabei macht es keinen Unterschied, ob diese Kenntnis auf amtlichem oder auf privatem Wege erlangt ist. Dol. event. genügt nicht;
2. das Bewußtsein, daß zum Nachteile des Beschuldigten gehandelt werde. Wird also die Verfolgung deshalb eingeleitet oder fortgesetzt, um die Sache klarzustellen oder den Beschuldigten zu rechtfertigen, so liegt eine strafbare Handlung nicht vor.

§ 345.

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher vorsätzlich eine Strafe vollstrecken läßt, von der er weiß, daß sie überhaupt nicht oder nicht der Art oder dem Maße nach vollstreckt werden darf.

Ist die Handlung aus Fahrlässigkeit begangen, so tritt Gefängnisstrafe oder Festungshaft bis zu Einem Jahre oder Geldstrafe bis zu neunhundert Mark ein.

Digitized by Google

I. **Thäter** des hier behandelten Delikts kann jeder Beamte sein, der in die Lage kommen kann, eine Strafe vollstrecken zu lassen. Der nähere Sinn dieses Satzes ergiebt sich, sobald man den Begriff des **Vollstreckenlassens** näher ins Auge faßt:

1. Vollstreckenlassen ist nicht gleichbedeutend mit vollstrecken. Die von vielen, z. B. Olsh. 3, Oppenh.-Del. 2, E 5, 332 vertretene Identifizierung der Begriffe scheitert, wie v. Liszt § 179 mit Recht sagt, „leider" an dem Wortlaute des Gesetzes. Man vergleiche z. B. die Fassung der §§ 341. 343. Der unmittelbar die Vollstreckung ausführende Beamte kann indessen je nach Lage der Sache auf Grund anderer Gesetzesstellen, namentlich gemäß §§ 339. 341, bestraft werden.
2. Anderseits beschränkt sich der Begriff des Vollstreckenlassens nicht auf die Anordnung der Vollstreckung. Er umfaßt vielmehr:
   a) jede Verursachung der Vollstreckung, z. B. durch falsche Unterschrift des Urteils, E 19, 342, oder durch falsche Bescheinigung der Rechtskraft. Wer jedoch als Richter oder Polizeibeamter eine auf Strafe lautende Entscheidung zu Unrecht erläßt, kann vielleicht auf Grund anderer Gesetzesstellen (z. B. § 336), aber niemals auf Grund des § 345 bestraft werden. E 16, 221. Ebensowenig fällt die Ablegung eines falschen Belastungszeugnisses unter § 345;
   b) das Zulassen, Dulden der Zwangsvollstreckung, sofern sich aus der amtlichen Stellung die Verpflichtung zum Hindern ergiebt. Demnach würde sich ein Gefängnisdirektor strafbar machen, wenn er es duldete, daß ein Gefangener nach Ablauf der Strafzeit festgehalten würde. Ebenso E 30 135 bzgl. des mit der Strafvollstreckung betrauten Amtsrichters.

II. Es handelt sich um die unzulässige Vollstreckung einer **Strafe**. Dieser Begriff umfaßt nicht nur die Rechts-, sondern auch die Disziplinar- und Ordnungsstrafen, nicht aber die Zwangsmaßregeln (z. B. StPO § 69) und nicht die sogen. Exekutivstrafe. Grundsätzlich ist eine Strafe vollstreckbar, sobald sie durch rechtskräftige Entscheidung (gleichgiltig, ob Urteil oder Strafbefehl oder Strafverfügung) festgesetzt und die Rechtskraft bescheinigt ist. Doch giebt es einerseits Strafen, die auch vor der Rechtskraft der Entscheidung vollstreckbar sind (z. B. GVG § 179), anderseits können gewisse Umstände, z. B. Vollstreckungsverjährung, Begnadigung, auch der Vollstreckung einer rechtskräftig erkannten Strafe entgegenstehen.

III. **Das Gesetz bedroht nicht nur die vorsätzliche, sondern auch die fahrlässige Begehung.**

1. Der Vorsatz umfaßt das doppelte Bewußtsein, einmal, daß das Verhalten eine Strafvollstreckung zur Folge habe, und dann das weitere, daß diese Vollstreckung, sei es der Art, sei es dem Maße nach, unzulässig sei;
2. Fahrlässigkeit liegt vor, sobald der Thäter zufolge schuldhaften Irrtums nicht weiß, daß sein Verhalten eine Strafvollstreckung zur Folge habe, oder wenn er zwar dies weiß, ihm aber zufolge schuldhaften Irrtums unbekannt ist, daß die Strafe der Art oder dem Maße nach nicht vollstreckt werden darf.

IV. Auf Fälle einer ungesetzlich milden Strafvollstreckung findet § 345 keine Anwendung. S. hierüber § 346 III 4.

§ 346.

Ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat, wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren bestraft, wenn er in der Absicht, Jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen, die Verfolgung einer strafbaren Handlung unterläßt, oder eine Handlung begeht, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafung zu be-

Digitized by Google

wirken, oder die Vollstreckung der ausgesprochenen Strafe nicht betreibt, oder eine gelindere als die erkannte Strafe zur Vollstreckung bringt.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Monat ein.

I. Während die §§ 343. 345 den Mißbrauch der Strafgewalt unter Strafe stellen, betrifft § 346 umgekehrt die Fälle einer Vernachlässigung der Strafgewalt, sogen. **Begünstigung.**

II. **Thäter** kann jeder Beamte sein, „welcher vermöge seines Amtes bei Ausübung der Strafgewalt oder bei Vollstreckung der Strafe mitzuwirken hat". Hierher gehören nach der herrschenden Lehre nicht nur Staatsanwälte und Richter, sondern auch die Polizeibeamten (StPO § 161), vorzugsweise dann, wenn sie zu Hilfsbeamten der Staatsanwaltschaft bestellt sind. E 12, 161. 21, 424. — Im übrigen wird man mit der herrschenden Lehre anzunehmen haben, daß es sich hier nur um die Ausübung der öffentlichen Strafgewalt, nicht der Disziplinargewalt handelt. Dementsprechend ist auch der Ausdruck „Strafe" in dieser Stelle auszulegen.

III. Die **Handlung** kann bestehen:

1. in der unterlassenen Verfolgung einer strafbaren Handlung. Hierunter fällt nicht nur Unterlassung der Anklageerhebung, sondern überhaupt Unterlassung irgend einer auf Bestrafung abzielenden pflichtgemäß gebotenen Handlung, z. B. Unterlassung der Anzeige. Unabweisbar ist die Konsequenz, daß jeder Polizeibeamte, jeder Flurschütze bestraft werden muß, wenn er es unterläßt, eine begangene, vielleicht nur landesrechtlich strafbare Übertretung zur Anzeige zu bringen. So auch E 28, 384; dagegen fällt die unterlassene Selbstanzeige nicht unter das Gesetz. E 31, 196;
2. in einer Thätigkeit, welche geeignet ist, eine Freisprechung oder eine dem Gesetze nicht entsprechende Bestrafung zu bewirken, z. B. Erhebung einer zu milden Anzeige;
3. in Nichtbetreibung der Vollstreckung. Unter den Begriff der Strafvollstreckung fallen alle diejenigen Maßregeln, durch welche die Verbüßung der Strafe ins Werk gesetzt werden soll. E 21, 424. Z. B. Verhaftung eines Verurteilten zum Zwecke seiner Ablieferung in die Strafanstalt;
4. in Vollstreckung einer milderen als der erkannten Strafe. Hierher wird man auch die Gewährung gesetzlich unzulässiger Begünstigungen zu rechnen haben. Z. B. der Gefängniswärter gestattet es dem Sträfling, die Nacht in seiner, des Gefängniswärters, Behausung zuzubringen.

IV. Zum **Dolus** gehört nicht nur das Bewußtsein der einzelnen unter III hervorgehobenen Momente, sondern auch „die Absicht, jemanden der gesetzlichen Strafe rechtswidrig zu entziehen". Die herrschende Lehre (E 28, 384, v. Liszt § 179) faßt den Begriff der Absicht gleichbedeutend mit Vorsatz. Das stimmt nicht mit den Ausführungen zu § 59 und ist auch aus inneren Gründen nicht zu billigen. Man erwäge folgenden Fall. Der Schutzmann A vergißt, den B anzuzeigen. Später kommt ihm die Erinnerung. Um sich aber keine Pflichtvergessenheit nachsagen zu lassen, unterläßt er nunmehr die nachträgliche Anzeige. Gerade hier zeigt sich, daß Absicht nur den erstrebten Erfolg bezeichnen kann. So auch Olsh. 3. — Zweifellos gehört das Bewußtsein, daß jemand der gesetzlichen Strafe rechtswidrig entzogen werde, zum Dolus. E 28, 384.

§ 347.

Ein Beamter, welcher einen Gefangenen, dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung ihm anvertraut ist, vorsätzlich entweichen läßt oder dessen Befreiung vorsätzlich bewirkt oder befördert, wird mit Zuchthaus bis

Digitized by Google

zu fünf Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter Einem Monat ein.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert oder erleichtert worden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu sechshundert Mark ein.

I. Die Stelle schließt sich eng an § 121 an. Der Unterschied liegt im wesentlichen darin, daß der Thäter ein Beamter ist, und zwar ein Beamter, dem *als solchem* die Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung der Person eines Gefangenen *anvertraut* ist. *Anvertrauen* setzt einen Akt der Übergabe voraus, und zwar in dem Sinne, daß der Gefangene *als solcher* dem Beamten von einem andern Beamten übergeben wird. Daher findet § 347 keine Anwendung, wenn der Thäter die Verhaftung selbst vorgenommen hat. Hat er dabei aus eigener Initiative, d. h. ohne Auftrag einer Behörde oder eines andern Beamten gehandelt (StPO § 127), so ist er überhaupt nicht strafbar. Handelte er aber kraft Auftrags, so fällt er unter § 121. Ganz abweichend nimmt die herrschende Lehre (E 8, 313, R 4, 356) an, daß das „Anvertrauen" einen Übergabeakt nicht voraussetze und daß jeder kraft Amtspflicht zu bewachende oder zu beaufsichtigende Gefangene „anvertraut" sei. Immerhin verlangt Olsh. 3, der im übrigen die herrschende Lehre vertritt, daß der Beamte die Pflicht zur Beaufsichtigung *übernommen* habe. Dagegen E 27, 209. Mit der *hier* vertretenen Ansicht übereinstimmend v. Liszt § 179, insofern er verlangt, daß der Gefangene dienstlich übergeben sei. — Zur *Beaufsichtigung* ist ein Gefangener nur dann anvertraut, wenn der Beamte über seine *Person* eine Aufsicht auszuüben hat. Ein Bureaubeamter, der durch falsche oder unzureichende Einträge die vorzeitige Entlassung eines Gefangenen bewirkt, fällt daher nicht unter diese Stelle. E 27, 209.

II. Militärisches Spezialdelikt s. MStGB § 144.

§ 348.

Ein Beamter, welcher, zur Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt, innerhalb seiner Zuständigkeit vorsätzlich eine rechtlich erhebliche Thatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register oder Bücher falsch einträgt, wird mit Gefängnis nicht unter Einem Monat bestraft.

Dieselbe Strafe trifft einen Beamten, welcher eine ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Urkunde vorsätzlich vernichtet, bei Seite schafft, beschädigt oder verfälscht.

I. Der erste Absatz enthält den wichtigsten Fall der Falschbeurkundung. Über den Unterschied zwischen Urkundenfälschung und Falschbeurkundung s. § 267 I.

1. **Thäter** der *Falschbeurkundung* kann nur ein *Beamter* sein, der zur *Aufnahme öffentlicher Urkunden befugt* ist. Eine andere Person kann sich der Anstiftung oder der Beihilfe schuldig machen (vergl. § 48 III 1. § 49 II 6), nicht aber der mittelbaren Thäterschaft. Zur Ergänzung greift § 271 ein; s. das. I.

Wegen des Begriffs der *öffentlichen Urkunde* ist § 267 IV 1 zu vergleichen. Insbesondere gilt auch hier der Satz, daß nur die für den *äußern Verkehr* bestimmten Urkunden als öffentliche gelten. E 1, 312. 11, 291. 21, 104. S. u. 2 b.

Unter der *Aufnahme* einer öffentlichen Urkunde versteht die herrschende Lehre den Akt, „durch welchen der Beamte eine vor ihm von einem andern abgegebene Erklärung oder von ihm bezw. durch ihn vollzogene Thatsache zum Zwecke des Beweises feststellt". So Olsh. 2, vergl. auch E 1, 312. Demnach würde die Stelle

Digitized by Google

nicht zutreffen, wenn der Beamte befugt wäre, facta aliena mit voller Beweiskraft zu beurkunden. Vergl. ZPO § 418 Abs. 3. Die herrschende Lehre stützt sich lediglich darauf, daß § 348 im Gegensatze zum preuß. StGB § 323 nicht auch von der „Ausstellung" der öffentl. Urkunde spricht. Damit ist aber kein durchgreifender Gesichtspunkt gewonnen. Es handelt sich vor allem um den inneren Zusammenhang des StGB's selbst und in dieser Beziehung namentlich um den Parallelismus zu § 271. Diese Stelle aber giebt zu der aufgestellten Beschränkung keinen Anlaß. So bes. Binding, Grundriß 3, 242. Wesentlich übereinstimmend Oppenh.-Del. 2, Rüd.-Stengl. 3. Übrigens läßt sich auch E 22, 351 mit der Olshausenschen Formulierung kaum vereinigen.

Daß nicht nur die sog. eigentlichen Urkundsbeamten, sondern auch andere Beamte, z. B. Briefträger, Thäter sein können, ist sicher.

2. Die **Handlung** besteht darin, daß der Beamte innerhalb seiner Zuständigkeit eine rechtlich erhebliche Thatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Register oder Bücher falsch einträgt. Hierin liegt folgendes:

a) Der Beamte muß nicht nur zur Aufnahme öffentlicher Urkunden überhaupt, sondern auch zur Aufnahme von Urkunden bezw. zu Einträgen der fraglichen Art und zwar örtlich und sachlich befugt sein. Fehlt es an dieser Befugnis, so kann Amtsanmaßung (§ 132) oder intellektuelle Urkundenfälschung (§ 271) oder Betrug (§ 263), vielleicht auch in idealer Konkurrenz, vorliegen. Der Umstand, daß dem Beamten durch Verwaltungsverfügung die Aufnahme von Urkunden in besonderen Fällen verboten ist, steht seiner Zuständigkeit nicht entgegen. E 32, 359.

b) Die Beurkundung muß den Erfordernissen einer öffentlichen Urkunde entsprechen. Hierzu gehört namentlich auch Wahrung der für diese giltigen wesentlichen Formvorschriften. Vergl. § 267 IV 1 c. Falsche Privatbeurkundungen sind auf Grund des § 348 ebensowenig strafbar wie solche Erklärungen, Berichte, Notizen, die nur für den inneren Dienst bestimmt sind. E 1, 42, 312. 4, 283. 11, 291. 20, 175. 21, 104. 27, 145. Weiß im letzteren Falle der Thäter, daß die inneramtliche Erklärung als Grundlage für eine öffentliche Urkunde dient, so begeht er unter Umständen intellektuelle Urkundenfälschung (§ 271). Wegen der Depeschenfälschung vergl. § 267 VII.

c) Die falsche Beurkundung der Eintragung muß sich auf Thatsachen beziehen. Vergl. § 263 II. Die bewußt falsche Beurteilung, wie sie z. B. bei Leumundszeugnissen vorkommen kann, ist auf Grund des § 348 nicht strafbar. Bei materiell ungerechtfertigten Dispositionen, z. B. Anweisungen auf eine Kasse, kann von Falschbeurkundung keine Rede sein. R 1, 142.

d) Die Beurkundung oder die Eintragung muß falsch sein, sei es, daß sich die beurkundete Thatsache überhaupt nicht, sei es, daß sie sich in wesentlich anderer Weise zugetragen hat. Die Unterlassung einer Beurkundung oder eines Eintrags kann nur dann als Falschbeurkundung angesehen werden, wenn dadurch eine positive Beurkundung als falsch erscheint. Z. B. bei Aufnahme eines Testaments wird die einer Disposition vom Testator hinzugefügte Bedingung weggelassen. Ähnlich Olsh. 7, Oppenh.-Del. 12, Rüd-Stengl. 9. Falsch ist aber eine Beurkundung auch dann, wenn der Urkundsbeamte wahrheitswidrig seine Anwesenheit bei einem im übrigen wahrheitsgemäß berichteten Vorgange beurkundet hat. E 13, 116. 24, 230.

e) Die falsch beurkundete oder falsch eingetragene Thatsache muß rechtlich erheblich sein. Dieses Erfordernis ist gleichbedeutend mit dem in § 271 aufgestellten der Erheblichkeit für Rechte oder Rechtsverhältnisse. Vergl. daf. IV. Das RG rechnet zu den rechtlich erheblichen Thatsachen alle, zu deren Beurkundung

Digitized by Google

die Beamten durch die für sie gegebenen gesetzlichen oder instruktionellen Vorschriften angewiesen sind; auch dann, wenn sich diese Thatsachen auf die Erfüllung von Formalitäten beziehen. E 6, 361. 17, 169. 32, 389. Vergl. MStGB § 139.

3. **Vollendung** tritt ein, sobald die Beurkundung oder die Eintragung bewirkt ist. Ein Gebrauchmachen von der falschen Beurkundung wird nicht ausdrücklich verlangt. Ebensowenig die Verursachung eines Schadens. Immerhin ist speziell bei der Beurkundung erforderlich, daß sich der Thäter ihrer irgendwie entäußert, d. h. sie bewußtermaßen der Benutzung im Rechtsverkehr zugänglich gemacht oder wenigstens diese Benutzung gestattet hat. Solange dies nicht der Fall ist, liegt nur ein Entwurf vor. E 19, 243. Das RG hat wiederholt erklärt, daß jedenfalls so lange ein bloßer Entwurf vorhanden sei, als die „beurkundete" Thatsache noch als eine zukünftige erscheine. E 9, 214. Z. B. ein Gerichtsvollzieher bereitet ein Pfändungsprotokoll für den folgenden Tag vor. Zweifellos bietet aber dieses Moment keinen Anhalt mehr, sobald der folgende Tag vorüber ist.

4. Der **Dolus** besteht in dem Bewußtsein des Thäters, daß er als Beamter (§ 359) innerhalb seiner Zuständigkeit eine rechtlich erhebliche Thatsache falsch beurkundet oder in öffentliche Bücher oder Register falsch einträgt. Der allgemeinen Regel des § 59 gemäß muß sich das Bewußtsein auf alle angegebenen Momente mit Einschluß der Beamtenqualität erstrecken. Was das Bewußtsein der Rechtserheblichkeit betrifft, so ist es nach E 6, 361 gegeben, sobald der Thäter weiß, daß die Beurkundung der betr. Thatsache durch Gesetz oder Instruktion vorgeschrieben ist. S. o. 2 e. Das Bewußtsein der Beurkundung wird ausgeschlossen durch die Annahme, die betr. Urkunde sei nur für den inneren Verkehr bestimmt. Vergl. auch o. 3. — Eine rechtswidrige Absicht im Sinne des § 267 verlangt das Gesetz nicht.

5. **Idealkonkurrenz** mit § 267 ist nicht möglich; vielmehr schließt das eine dieser Delikte das andere aus. E 30, 238.

II. Zum **zweiten Absatze.**

1. **Thäter** kann jeder Beamte sein. Selbstverständlich muß er zur Zeit der That Beamter sein. E 35, 75.

2. **Objekt** ist eine Urkunde, die dem Thäter amtlich anvertraut oder zugänglich ist. Über den Begriff der Urkunde s. § 267. (Darüber, daß der Urkundenbegriff in beiden Stellen derselbe ist, s. P. Merkel, Die Urkunde im deutschen Strafrecht [1902] 452 ff.) Die Urkunde braucht weder eine öffentliche, noch eine zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen erhebliche zu sein. E 29, 238. Formulare sind nur Entwürfe von Urkunden. Das Gleiche gilt von noch nicht ausgegebenen Abdrücken amtlicher Verfügungen. Aus diesem Grunde rechtfertigt sich E 17, 103. Vergl. darüber, Weismann, Ztschr. 11, 31 ff. „Amtlich anvertraut" bedeutet dasselbe wie „in amtlicher Eigenschaft empfangen" (vergl. § 350 I 1. 2). E 11, 85. 29, 238 erklären, „anvertrauen" sei nicht gleichbedeutend mit „übergeben", es bedeute vielmehr, „daß einem andern eine thatsächliche Verfügungsgewalt unter dem Vertrauen eingeräumt wird, er werde seine Gewalt nur im Sinne des Einräumenden gebrauchen". Sachlich wird diese Ansicht mit der hier vertretenen übereinstimmen. S. auch § 246 VI.

Amtlich zugänglich ist dem Thäter eine Urkunde dann, wenn er kraft seiner amtlichen Stellung zu ihr gelangen kann. Vergl. E 32, 265.

3. Die **Handlung** kann sein:
   a) eine vorsätzliche Vernichtung oder Beschädigung der Urkunde. S. § 274 I 2a und III;
   b) vorsätzliches Beiseiteschaffen der Urkunde. S. §§ 133 II 2. 274 I 2b und E 23, 99. Nach diesem Urteile gehört zum subjektiven Thatbestande die Absicht, den amtlichen Gewahrsam aufzuheben oder doch zu beeinträchtigen. Ein Beamter,

Digitized by Google

der reglementwidrig Akten mit in seine Wohnung nimmt, mache sich daher kriminell nicht strafbar.

c) vorsätzliche Verfälschung der Urkunde. Über den Begriff der Verfälschung s. § 267 V. Rechtswidrige Absicht und Gebrauchmachen zum Zwecke der Täuschung gehören im Gegensatze zu § 267 nicht zum Thatbestande. E 4, 277. 11, 123. Deshalb und weil die Urkunde keine zum Beweise von Rechten usw. erhebliche zu sein braucht, hält Olsh. 16 Idealkonkurrenz mit gemeiner Urkundenfälschung für möglich.

4. Idealkonkurrenz mit § 133 ist ausgeschlossen. E 2, 425. A. A. bezgl. § 133 Abs. 2 ist Olsh. 17. Gegen ihn spricht § 349. Wegen Idealkonkurrenz mit § 274 s. das. III und wegen Idealkonkurrenz mit § 350 das. III. Vergl. auch § 354 IV.

§ 349.

Wird eine der im § 348 bezeichneten Handlungen in der Absicht begangen, sich oder einem Anderen einen Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem Anderen Schaden zuzufügen, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren und zugleich auf Geldstrafe von einhundertfunfzig bis zu dreitausend Mark zu erkennen.

In diesem Falle ist der Versuch strafbar. Vergl. im einzelnen § 268.

§ 350.

Ein Beamter, welcher Gelder oder andere Sachen, die er in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat, unterschlägt, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft; auch kann auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden.

Der Versuch ist strafbar.

I. Die **Unterschlagung im Amte oder Amtsunterschlagung** setzt in objektiver wie in subjektiver Beziehung den Thatbestand der gemeinen Unterschlagung im Sinne des § 246 voraus. Das qualifizierende Moment liegt darin, daß der Thäter ein Beamter ist. Aber nicht jede von einem Beamten begangene Unterschlagung ist eine Unterschlagung im Amte; es wird vielmehr objektiv erfordert, daß der Beamte das Objekt in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam hat. Die Bedeutung der Worte „in amtlicher Eigenschaft" ist bestritten. Man wird folgende Sätze aufzustellen haben.

1. In amtlicher Eigenschaft empfängt der Beamte oder hat er in Gewahrsam zunächst solche Gegenstände, deren Empfangnahme oder Verwahrung zu seiner amtlichen Zuständigkeit gehört. Z. B. der Kassenbeamte die zur Kasse gezahlten Gelder, der Schutzmann (regelmäßig) gefundene Gegenstände. Subjektiv ist hier das Bewußtsein der Zuständigkeit (der amtlichen Obliegenheiten) erforderlich.
2. Aber auch wenn es an der Zuständigkeit in diesem Sinne fehlt, kann der Beamte gleichwohl Gegenstände in amtlicher Eigenschaft empfangen oder in Gewahrsam haben. Denn das Erfordernis der Zuständigkeit, das der § 348 ausdrücklich enthält, wird im § 350 nicht aufgestellt. Ebenso wie eine unzuständige Behörde, bei der eine Sache anhängig gemacht ist, vorläufig amtlich mit ihr befaßt ist und sie als amtliche Angelegenheit behandeln muß, kann auch ein Beamter Gegenstände in amtlicher Eigenschaft empfangen, obwohl er zu deren Empfangnahme unzuständig ist, nämlich dann, wenn der Gebende sie ihm gerade mit Rücksicht auf die Beamtenqualität und im Glauben an seine Zuständigkeit übermittelt. Subjektiv bedarf es in diesem Falle der Kenntnis dieser Willensrichtung des Gebenden. — Im wesentlichen übereinstimmend die herrschende Lehre. E 1, 124, 153. 21, 51. A. A. Hälschner 2, 1057,

Digitized by Google

Meyer 680. — Es liegt demnach Amtsunterschlagung vor, wenn einem Gerichtsbeamten in der Meinung, er sei gleichzeitig Beamter der Gerichtskasse, Gerichtskosten gezahlt werden und er den Betrag unter Benutzung des Irrtums entgegennimmt und unterschlägt. E 1, 124. Ebenso: Einhändigung einer Wertsendung an einen zur Empfangnahme unzuständigen Landbriefträger, in der Meinung, er sei zur Empfangnahme amtlich befugt.

Dagegen wird eine Sache nicht in amtlicher Eigenschaft empfangen, wenn der Gebende die Unzuständigkeit des Beamten kennt und ihn nur etwa mit Rücksicht auf seine Beamtenqualität für besonders vertrauenswürdig hält. E 21, 51.

II. Unter den **Objekten** der Unterschlagung hebt das Gesetz ausdrücklich die „Gelder" hervor. Dies ist nach der herrschenden Lehre nur deshalb geschehen, um anzudeuten, daß in amtlicher Eigenschaft empfangenes Geld, trotz seiner Vertretbarkeit, niemals in das Eigentum des Beamten übergehen und daher niemals zu eigenen Zwecken verwendet werden darf. Demgemäß hat E 5, 304 bei bloßem Umwechseln solchen Geldes Unterschlagung angenommen, dabei aber übersehen, daß jedenfalls zum **Dolus** das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört (§ 246 V). So auch Olsh. 5, Hälschner 2, 1058, E 26, 437. Ist dem Beamten die Umwechselung durch seine Dienstinstruktion erlaubt, so wird schon die objektive Rechtswidrigkeit aufgehoben. ???

III. **Idealkonkurrenz** mit Betrug ist ebensowenig möglich wie zwischen diesem Delikt und einfacher Unterschlagung. E 22, 306. Vergl. § 263 IX. Die Frage, ob Idealkonkurrenz mit § 348 Abs. 2 möglich ist, muß entsprechend den Ausführungen zu § 274 I 3 für den Fall des Beiseiteschaffens bejaht werden. A. A. Olsh. 6. Mit § 354 kann Idealkonkurrenz stattfinden. Wegen des Verhältnisses zum sog. Mundraub s. § 370 V.

§ 351.

Hat der Beamte in Beziehung auf die Unterschlagung die zur Eintragung oder Kontrolle der Einnahmen oder Ausgaben bestimmten Rechnungen, Register oder Bücher unrichtig geführt, verfälscht oder unterdrückt, oder unrichtige Abschlüsse oder Auszüge aus diesen Rechnungen, Registern oder Büchern, oder unrichtige Beläge zu denselben vorgelegt, oder ist in Beziehung auf die Unterschlagung auf Fässern, Beuteln oder Packeten der Geldinhalt fälschlich bezeichnet, so ist auf Zuchthaus bis zu zehn Jahren zu erkennen.

Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter sechs Monaten ein.

I. Die Stelle bezeichnet eine Reihe von Handlungen, welche die Amtsunterschlagung zu einer *qualifizierten*, aus einem Vergehen zu einem Verbrechen machen. Die sämtlichen Handlungen müssen in beabsichtigtem Zusammenhange mit der Unterschlagung stehen, „*in Beziehung*" auf sie begangen sein. Sie werden im allgemeinen zur Vorbereitung, Erleichterung und Verdeckung dienen. Dabei ist es gleichgiltig, ob sie der Unterschlagung voraufgehen, mit ihr zusammenfallen oder ihr nachfolgen. E 6, 294. Im letzteren Falle wird also in gewissem Sinne die Selbstbegünstigung für strafbar erklärt.

II. Die in der Stelle erwähnten Rechnungen, Register, Bücher, Abschlüsse, Auszüge, Beläge müssen einen *amtlichen Charakter* haben. Falsche Privatnotizen und deren Benutzung genügen mithin nicht. Haben die Schriftstücke zugleich den Charakter von Urkunden, so liegt Idealkonkurrenz mit § 267 (nicht § 268) vor. Mit Recht verneint Olsh. 10 die Möglichkeit von Idealkonkurrenz mit § 348 deshalb, weil die erwähnten Bücher usw. niemals *öffentliche* Urkunden sind. Vergl. § 267 IV 1 d. Wird da-

Digitized by Google

gegen zur Verdeckung der Unterschlagung eine Urkunde anderer Art gefälscht, so liegt Realkonkurrenz vor.

Was die Vorlegung von unrichtigen Abschlüssen usw. betrifft, so braucht sie keineswegs an einen Kontrollbeamten zu erfolgen. Anderseits aber wird man eine nach eingeleitetem Strafverfahren zum Zwecke der Verteidigung erfolgende Vorlegung kaum als genügend ansehen dürfen.

III. Thäter kann nicht nur ein Kassenbeamter, sondern jeder Beamte sein, welcher amtlich erhobene Gelder zu erheben und abzuführen hat, z. B. ein Landbriefträger. Insbesondere ist nicht erforderlich, daß der Beamte selbst die Gelder zu verwalten habe. So in letzterer Beziehung E 10, 123 im Gegensatz zu der noch von Oppenh.-Del. 4 vertretenen Ansicht des preußischen Obertribunals.

Werden die qualifizierenden Handlungen von einer dritten Person im Einverständnisse mit dem Thäter der einfachen Unterschlagung vorgenommen, so liegt Beihilfe vor. Fehlt es an dem Einverständnisse, so macht sich der dritte je nach den Umständen der Beihilfe oder der Begünstigung schuldig. Mitthäterschaft läßt sich in dem ersten Falle nur dann annehmen, wenn der dritte die einfache Amtsunterschlagung als Alleinthäter begehen könnte. Vergl. § 47 VI. § 48 III 1. § 49 II 6.

IV. Die Verjährung beginnt, wenn die Unterschlagung der qualifizierenden Handlung vorausgeht, erst mit der letzteren. E 6, 294.

V. Versuch der qualifizierten Amtsunterschlagung als solcher ist denkbar.

§ 352.

Ein Beamter, Advokat, Anwalt oder sonstiger Rechtsbeistand, welcher Gebühren oder andere Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu seinem Vorteile zu erheben hat, wird, wenn er Gebühren oder Vergütungen erhebt, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, mit Geldstrafe bis zu dreihundert Mark oder mit Gefängnis bis zu Einem Jahre bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

I. Das **übermäßige Sportulieren** kann nur von solchen Beamten begangen werden, zu deren Geschäftskreis die Erhebung von Gebühren oder anderen Vergütungen für amtliche Verrichtungen zu eigenem Vorteile (vergl. § 353) gehört. Diesen Beamten sind Advokaten, Rechtsanwälte und sonstige Rechtsbeistände gleichgestellt, obwohl sie nicht unter den Begriff der Beamten im Sinne des § 359 fallen. Für sie gilt das zu § 356 I Ausgeführte. Erhebt eine andere Person unverschuldete Gebühren, so kann sie je nach den Umständen wegen Betrugs oder Nötigung oder Amtsanmaßung oder Amtsmißbrauchs bestraft werden. Vergl. auch GO § 148 Nr. 8 und § 263 II.

II. Die **Handlung** besteht in der Erhebung einer Gebühr oder Vergütung, von welcher der Annehmende weiß, daß sie der Zahlende überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet. Hierzu ist zu bemerken:

1. Unter einer **Gebühr** sind solche Gegenleistungen für Handlungen oder Leistungen des Staates oder einer öffentlichen Institution (Anwaltschaft) zu verstehen, welche ihrer Höhe nach durch Gesetz oder Verordnung im voraus festgesetzt sind. E 3, 87. 24, 234.
2. Die **Vergütung** unterscheidet sich von der Gebühr dadurch, daß sie nicht gesetzlich fixiert, sondern auf dem Wege der Vereinbarung oder des Gebrauchs bestimmt ist (vergl. z. B. Gebührenordnung f. Rechtsanwälte § 93).
3. Anderseits haben Gebühr und Vergütung das Gemeinsame, daß sie sich als Entschädigung für Mühewaltung darstellen. Hierdurch unterscheiden sie sich von dem Ersatzanspruch für Auslagen. Der solche unberechtigtermaßen fordernde Be-

Digitized by Google

amte usw. fällt nicht unter § 352. E 17, 169 (fingierte Portoauslagen betreffend). Kopialien fallen unter den Begriff der Gebühr, auch wenn der Beamte seinem Kanzlisten den gleichen Betrag zu zahlen hat. Denn es handelt sich hier nur um eine Stellvertretung in der Leistung. Das Gleiche gilt für Diäten und Reisegelder. Denn in derartigen Pauschalsummen ist ein Betrag für die Mühewaltung mitenthalten. E 19, 63. Nur dann, wenn bei einer Reise der Beamte lediglich die wirklich gehabten Auslagen liquidieren dürfte, würde der Gebührencharakter beseitigt werden. — Auf die in Dienstinstruktionen usw. gebrauchte Bezeichnung Gebühr oder Vergütung kommt es gegenüber dem Reichsrecht nicht an.

4. Da die Gebühr *erhoben* sein muß und das Gesetz von einem *Zahlenden* spricht, so ergiebt sich, daß die *Vollendung* erst mit der wirklichen Leistung eintritt. Das bloße Anfordern ist *strafbarer Versuch*. In dem Begriffe des Erhebens liegt weiter, daß die Gebühr oder Vergütung als eine *geschuldete* in Anspruch genommen werden muß. Darauf, ob der Zahlende glaubt, den gezahlten Betrag schuldig zu sein, oder ob er nur zur Vermeidung von Weitläufigkeiten leistet, kommt dagegen nichts an. So Olsh. 5 gegen E 19, 19. Zahlt er jedoch mit dem animus donandi und weiß dies der Fordernde, so konkurriert unter Umständen Versuch aus § 352 mit dem vollendeten Delikte des § 331. Eine unterlaufene *Täuschung* auf seiten des Beamten kann Idealkonkurrenz mit Betrug begründen, nämlich dann, wenn außer der in der Gebührenüberforderung an sich begrifflich schon liegenden Täuschung noch eine andere unterläuft, z. B. die Gebühr für eine gar nicht geleistete Thätigkeit gefordert wird. E 18, 219.
5. Bewirkung der Zahlung durch *Aufrechnung* genügt ebenso wie Abzug der Übergebühr von einem geleisteten Vorschusse. Auch der Umstand, daß für den „Angeforderten" ein dritter leistet, beseitigt den Thatbestand nicht. Jedoch muß der Beamte usw. stets ein eigenes Recht geltend machen. Daraus folgert E 19, 30, das Gesetz, treffe nicht zu, wenn der Rechtsanwalt der obsiegenden Partei übermäßige Gebühren von dem in die Prozeßkosten verurteilten Gegner erhebe. Der Umstand, daß der Beamte einen Teil der Gebühren an den Staat abzuführen hat, steht der Anwendbarkeit der Stelle nicht entgegen, doch kann er Idealkonkurrenz mit § 353 begründen. Wird dagegen die Gebühr für den Staat erhoben, so ist § 352 selbst dann nicht anwendbar, wenn der Staat dem Beamten einen Prozentsatz der Gebühr als Gehalt oder Remuneration zuweist.

III. Zum **Vorsatze** gehört das Bewußtsein, daß übermäßige, nicht verschuldete Gebühren erhoben werden. Dol. event. genügt nicht, weil das Gesetz ausdrücklich das Wissen fordert. A. A. Olsh. 4, E 16, 363.

§ 353.

Ein Beamter, welcher Steuern, Gebühren oder andere Abgaben für eine öffentliche Kasse zu erheben hat, wird, wenn er Abgaben, von denen er weiß, daß der Zahlende sie überhaupt nicht oder nur in geringerem Betrage verschuldet, erhebt, und das rechtswidrig Erhobene ganz oder zum Teil nicht zur Kasse bringt, mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Gleiche Strafe trifft den Beamten, welcher bei amtlichen Ausgaben an Geld oder Naturalien dem Empfänger vorsätzlich und rechtswidrig Abzüge macht und die Ausgaben als vollständig geleistet in Rechnung stellt.

I. Während § 352 von Gebühren usw. handelt, die dem erhebenden Beamten usw. *persönlich* zufließen, betrifft die vorliegende Stelle solche „Steuern, Gebühren oder andere Abgaben", welche *für eine öffentliche Kasse* zu erheben sind. Als öffentlich wird

Digitized by Google

man aber schlechthin jede Kasse des Staates oder einer öffentlichen Korporation anzusehen haben, in welche Steuern oder Abgaben fließen.

II. Allen **Abgaben** ist der öffentlichrechtliche Charakter gemeinsam. Da die Gebühren ausdrücklich dem Begriffe der Abgaben untergeordnet werden, so folgt, daß nur Gebühren öffentlichen Charakters hierher zählen (anders im § 352). Demnach scheiden alle privatrechtlichen Leistungen an den Staat oder eine öffentliche Korporation aus, z. B. Kaufgelder für Holz aus Gemeindewaldungen. Das RG geht von denselben Gesichtspunkten aus, rechnet aber gleichwohl — in sehr bedenklicher Weise — das Porto der Reichspost und die Frachtengelder der Staatseisenbahn zu den Gebühren. E 3, 87. 22, 306.

III. Die im ersten Absatze unter Strafe gestellte **Handlung** setzt sich aus zwei Akten zusammen;

1. einem positiven: der Überhebung von Abgaben, und
2. aus einem negativen, darin bestehend, daß der rechtswidrig erhobene Betrag ganz oder teilweise nicht zur Kasse gebracht wird. Zur Kasse gebracht ist nach E 26, 259 ein Betrag erst dann, wenn er als solcher vereinnahmt ist. Demnach macht sich ein Beamter strafbar, der übermäßige Abgaben erhebt, um Kassendefekte zu decken. Da der Versuch nicht für strafbar erklärt ist, so kann der erste Akt für sich allein nur disziplinär geahndet werden.

Der Dolus ist derselbe wie im § 352.

Ebenso setzt sich die im zweiten Absatze unter Strafe gestellte Handlung aus zwei verschiedenen Akten zusammen. Doch besteht hier umgekehrt der erste Akt, die Nichterstattung von Geld oder Naturalien, in einem Unterlassen und der zweite in einem positiven Handeln.

IV. **Idealkonkurrenz** mit Betrug ist möglich. E 22, 306. Desgleichen mit Mißbrauch der Amtsgewalt (§ 339). Bestritten ist das Verhältnis zur Amtsunterschlagung. Keinesfalls können Betrug und Unterschlagung gleichzeitig ideell konkurrieren. E 22, 306. Im übrigen wird man Idealkonkurrenz oder nach Umständen auch Realkonkurrenz mit Amtsunterschlagung für möglich zu erachten haben, da § 353 keine rechtswidrige Zueignungsabsicht fordert. S. o. III 2. Ebenso Olsh. 3. E 17, 321. A. A. Hälschner 2, 1087, nach welchem die Unterschlagung stets konsumiert wird.

§ 353a.

Ein Beamter im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs, welcher die Amtsverschwiegenheit dadurch verletzt, daß er ihm amtlich anvertraute oder zugängliche Schriftstücke oder eine ihm von seinem Vorgesetzten erteilte Anweisung oder deren Inhalt Anderen widerrechtlich mitteilt, wird, sofern nicht nach anderen Bestimmungen eine schwerere Strafe verwirkt ist, mit Gefängnis oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft einen mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten Beamten, welcher den ihm durch seinen Vorgesetzten amtlich erteilten Anweisungen vorsätzlich zuwiderhandelt, oder welcher in der Absicht, seinen Vorgesetzten in dessen amtlichen Handlungen irre zu leiten, demselben erdichtete oder entstellte Thatsachen berichtet.

I. Sog. **Arnimparagraph**, eingeschaltet durch Novelle vom 26./2 1876 auf Grund der Erfahrungen, die man bei dem Prozesse gegen den früheren deutschen Botschafter in Paris, Grafen Arnim, gemacht hatte.

Digitized by Google

II. Der **erste Absatz** stellt die Verletzung der Amtsverschwiegenheit durch widerrechtliche Mitteilung unter Strafe. Die Frage, wann die Mitteilung widerrechtlich ist, beurteilt sich nach § 11 des Reichsbeamtengesetzes, welcher lautet:

> Über die vermöge seines Amtes ihm bekannt gewordenen Angelegenheiten, deren Geheimhaltung ihrer Natur nach erforderlich oder von seinem Vorgesetzten vorgeschrieben ist, hat der Beamte Verschwiegenheit zu beobachten, auch nachdem das Dienstverhältnis aufgelöst ist.

Um strafbar zu sein, muß die Mitteilung in Widerspruch mit dieser Bestimmung stehen; aber nicht jede ihr widersprechende Mitteilung ist strafbar, sondern nur diejenige, welche sich auf amtlich anvertraute oder amtlich zugängliche Schriftstücke (der Substanz oder dem Inhalte nach) oder eine von dem Amtsvorgesetzten erteilte Anweisung bezieht. Wird eine mündliche Eröffnung, die nicht unter den Begriff der Anweisung fällt, einem andern mitgeteilt, so kann hierin eine disziplinär, aber keine strafrechtlich zu ahndende Handlung liegen.

An wen die Mitteilung erfolgt, ist an sich gleichgiltig. Doch kann die Person des Empfängers die Widerrechtlichkeit oder wenigstens das Bewußtsein derselben beseitigen. Auch kann die Strafbarkeit wegen Pflichtenkollision (§ 52 IV) entfallen.

Thäter kann jeder Beamte im Dienste des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs sein, gleichgiltig, an welchem Orte und in welcher Stellung dieses Ressorts er beschäftigt ist. Aus der stillschweigenden Bezugnahme auf § 11 des Reichsbeamtengesetzes folgt, daß die Handlung auch nach Auflösung des Dienstverhältnisses strafbar begangen werden kann. Ebenso im Ergebnis Olsh. 3, Rüd.-Stengl. 2. A. A. Hälschner 2, 1088, v. Liszt § 179, Meyer 684.

Was das Verschulden betrifft, so nimmt Olsh. 1. 10 wegen der polizeilichen Natur des Delikts an, daß Fahrlässigkeit genüge. Indessen ist diese Auffassung, welche auch Hälschner 2, 1089 teilt, bedenklich.

Die angedrohte Strafe ist eine subsidiäre. Daher ist, ähnlich wie beim § 49a, Idealkonkurrenz mit einem schwerer zu bestrafenden Delikt (z. B. §§ 93 Abs. 1, 348 Abs. 2) ausgeschlossen. Vergl. Binding 1, 356 und über die verschiedenen Ansichten Olsh. 11. 12.

III. Der **zweite Absatz** behandelt zwei verschiedene Fälle, bei welchen nur gewisse Beamte vom Ressort des Auswärtigen Amtes als Thäter erscheinen können, nämlich die mit einer auswärtigen Mission betrauten oder bei einer solchen beschäftigten. (Daß Beamte der einzelstaatlichen Missionen nicht hierher gehören, folgert Olsh. 6 mit den meisten zutreffend aus dem Zusammenhange.) Die Mission braucht keine ständige zu sein. Konsularbeamte gehören als solche zu keiner Mission. Die Handlungen sind:

1. vorsätzlicher Ungehorsam gegen amtliche Anweisungen eines Vorgesetzten;
2. Berichterstattung von erdichteten oder entstellten Thatsachen (Gegensatz: Urteile; vergl. § 263 II) in der Absicht, den Vorgesetzten in dessen amtlichen Handlungen irrezuleiten. Absicht bezeichnet den erstrebten Erfolg (§ 59 IV).

§ 354.

Ein Postbeamter, welcher die der Post anvertrauten Briefe oder Packete in anderen, als den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnet oder unterdrückt, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestattet, oder ihm dabei wissentlich Hilfe leistet, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

I. **Thäter** kann nur ein Postbeamter sein, dieser aber stets, ohne Rücksicht darauf, ob er mit der Sendung dienstlich befaßt ist oder nicht. A. A. v. Liszt § 179.

Digitized by Google

II. **Objekt** der Handlung sind die der Post anvertrauten Briefe und Packete.

1. Zum Begriffe des Briefes gehört nicht, daß er verschlossen sei (arg. § 299). Daher fällt auch die Unterdrückung von Postkarten unter das Gesetz. Wesentlich aber ist das Vorhandensein einer Mitteilung. Der Umstand, daß die Post reglementsmäßig nur auf Gewicht und Verpackung sieht und etwa Warenproben im Gewichte unter 250 Gramm wie Briefe (d. h. zu dem gleichen Porto) befördert, ist nicht geeignet, dieselben zu Briefen zu machen. Ebensowenig sind regelmäßig Drucksachen als Briefe anzusehen (E 33, 276), wohl aber Postanweisungen, vorausgesetzt, daß wenigstens etwas mehr als die Adresse des Absenders auf dem Abschnitte steht. Die herrschende Lehre sieht Postanweisungen schlechthin als Briefe an. So auch E 1, 114. Grundsätzlich abweichend erklären v. Liszt § 179 und Rüb.-Stengl. 3, daß das Vorhandensein einer Mitteilung für den Begriff des Briefes unwesentlich, das eines Verschlusses dagegen wesentlich sei. So allerdings auch E 22, 22; aber das Urteil bezieht sich nur auf das Postgesetz v. 28./10 1871 und wird auch für das Gebiet dieses Gesetzes wesentlich modifiziert durch E 27, 256. Vergl. noch über die Frage Stenglein i. d. strafrechtl. Nebengesetz. Anm. 5 zu Postgesetz. § 1.
2. Zum Begriffe des Packets wird man, dem Wortlaute entsprechend, das Vorhandensein einer einen Gegenstand einschließenden Umhüllung verlangen müssen. Auch hier kann der Usus des Postverkehrs nicht maßgebend sein. Der Umstand, daß die Post unverpackte Gegenstände als Packete befördert, ist nicht geeignet, sie zu Packeten zu machen.
3. Briefe oder Packete müssen der Post anvertraut, d. h. dem Postverkehr in ordnungsmäßiger Weise übergeben sein. E 22, 394. Einwerfen in den Briefkasten genügt. E 28, 100.

III. Die **Handlung** kann bestehen:

1. im Eröffnen der Briefe und Packete. Vergl. darüber § 299 II;
2. im Unterdrücken derselben. Unterdrücken bedeutet: dem ordnungsgemäßen Postverkehr entziehen. Der Umstand, daß das Objekt nachträglich doch wieder dem Postverkehr übergeben wird, steht nicht entgegen; es genügt also auch eine nur vorübergehende Entziehung. E 1, 114. 28, 100.
3. Dem persönlichen Eröffnen oder Unterdrücken steht die Gestattung eines solchen oder die Hilfeleistung dazu gleich. Positive und negative Beihilfe werden somit als del. s. g. behandelt. Daß die Anstiftung eines Privatmannes sich unter allen Umständen als ein „Gestatten" darstellte, wie Hälschner 2, 1093 und Olsh. 5 annehmen, kann nicht zugegeben werden. Denn „gestatten" kann nur der dienstlich mit den Briefen usw. betraute Beamte. Stiftet dieser einen Privatmann an, so liegt allerdings ein Gestatten vor, nicht aber wenn ein anderer Postbeamter Anstifter ist. In dem ersten Falle ist der Postbeamte auf Grund der vorliegenden Stelle, der dritte je nach den Umständen auf Grund der §§ 133. 242. 246. 274. 289. 299 haftbar. E 28, 100. Auf seiten des Postbeamten kann die Anstiftung zu einem dieser Delikte ideell konkurrieren. In dem zweiten Falle ist der Postbeamte nur Anstifter.

IV. Die **Widerrechtlichkeit** wird beseitigt, wenn die Eröffnung usw. kraft Gesetzes oder kraft einer auf Grund des Gesetzes erlassenen Verordnung statthaft ist. Vergl. Reichspostgesetz v. 28./10 1871 § 5. StPO §§ 99. 100. 101, KO § 121, Postordnung v. 11./6 1892 § 46. Die, wenn auch irrige, Annahme, daß ein Fall des erlaubten Eröffnens usw. vorliege, schließt den Dolus aus. — Ein Recht der Postbeamten zur Eröffnung oder Unterdrückung von ihm selbst herstammender oder an ihn selbst adressierter Briefe oder Packete läßt sich aus den angeführten Stellen nicht ableiten. Die Praxis wendet daher die vorliegende Stelle auch auf derartige Fälle an. So Olsh. 4, preuß. Obertribunal, Oppenhoff, Rechtsprechung 5, 304. Das ist indessen bedenklich; denn das Gesetz hat wohl nicht den Schutz des Postverkehrs, sondern den des Publikums im Auge.

Digitized by Google

V. **Idealkonkurrenz** ist nicht mit dem Delikte des § 299, wohl aber mit Unterschlagung und Diebstahl möglich, namentlich mit Unterschlagung im Amte. Soweit es sich um die Unterdrückung von Briefen und Postanweisungen handelt, verneint E **35**, 80 die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz mit § 348 Abs. 2.

§ 355.

Telegraphenbeamte oder andere mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt betraute Personen, welche die einer Telegraphenanstalt anvertrauten Depeschen verfälschen oder in anderen, als in den im Gesetze vorgesehenen Fällen eröffnen oder unterdrücken, oder von ihrem Inhalte Dritte rechtswidrig benachrichtigen, oder einem Anderen wissentlich eine solche Handlung gestatten oder ihm dabei wissentlich Hilfe leisten, werden mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

I. Die Stelle dient zunächst in ähnlicher Weise dem **Schutze des Telegraphengeheimnisses** wie die vorhergehende dem Schutze des Briefgeheimnisses. S. Ges. über das Telegraphenwesen des Deutschen Reichs v. 6./4 1892 § 8. Über die einzelnen Handlungen, sowie über die Fälle, in welchen deren Rechtswidrigkeit entfällt, s. § 354 und Telegraphenordnung v. 9./6. 1897 § 19. Zu bemerken ist, daß gegenüber § 354 als eigentümliche Handlung die Benachrichtigung vom Inhalte hinzutritt. Aber auch dadurch ist ein vollständiger strafrechtlicher Schutz des Telegraphengeheimnisses nicht bewirkt; denn dieses erstreckt sich nach § 8 Ges. v. 6./4 1892 auch „darauf, ob und zwischen welchen Personen telegraphische Mitteilungen stattgefunden haben". — Auch hinsichtlich der Thäterschaft geht § 355 über 354 hinaus, insofern nicht nur Ressort-, hier Telegraphenbeamte, sondern alle mit der Beaufsichtigung und Bedienung einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanstalt (vergl. §§ 316. 317) betraute Personen Thäter sein können, selbst dann also, wenn diese Personen nicht Beamte im Sinne des § 359 sind. Immer aber ist erforderlich, daß der Betreffende von berufener Seite mit der Übernahme seiner Funktionen betraut worden ist. E **26**, 183. Diese Entscheidung führt weiter aus, daß die Worte „Beaufsichtigung und Bedienung" nicht kumulativ verstanden werden können. Ebenso Olsh. 1, Dambach, Telegraphenstrafrecht (1897) 89.

II. Außer der Verletzung des Telegraphengeheimnisses stellt das Gesetz auch die **Depeschenverfälschung** unter Strafe. Diese kann sowohl durch Verfälschung des Aufgabetelegrammes, wie durch falsches Ab- und Weitertelegraphieren, desgl. durch Fälschen des Ausgabetelegrammes erfolgen. — Wegen der Thäterschaft s. o. I. — Idealkonkurrenz mit Urkundenfälschung ist möglich. Vergl. § 267 VII. A. A. Meves in Holtzend. Handb. **3**, 1005.

§ 356.

Ein Advokat, Anwalt oder ein anderer Rechtsbeistand, welcher bei den ihm vermöge seiner amtlichen Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient, wird mit Gefängnis nicht unter drei Monaten bestraft.

Handelt derselbe im Einverständnisse mit der Gegenpartei zum Nachteile seiner Partei, so tritt Zuchthausstrafe bis zu fünf Jahren ein.

I. **Thäterschaft.** — Obwohl im § 359 ausdrücklich gesagt wird, daß Advokaten und Anwälte nicht als Beamte anzusehen seien, legt ihnen die vorliegende Stelle dennoch für den hier behandelten Fall der **Prävarikation** „amtliche Eigenschaft" bei. Zu erklären ist

Digitized by Google

diese auffallende Erscheinung lediglich durch eine Reminiszenz an ältere Partikularrechte, in welchen in der That Advokaten und Anwälte als Beamte behandelt wurden. Deshalb fallen unter den Begriff des **Rechtsbeistands** im Sinne dieser Stelle nur solche Personen, die vermöge ihrer amtlichen Eigenschaft mit der Verbeistandung betraut sind; also z. B. nicht die Prozeßagenten (Rechtskonsulenten Winkeladvokaten), auch dann nicht, wenn ihnen gemäß ZPO § 157 das mündliche Verhandeln von der Justizverwaltung gestattet ist. Ebenso OLG Celle, Urt. v. 1./12 1899 im Arch. 47, 302 bzgl. § 352, für welche Stelle wegen der „amtlichen Verrichtungen" das Gesagte ebenfalls Anwendung findet. Dagegen gehören Referendare, denen eine Verteidigung im Wege der Bestellung übertragen ist, ebenso hierher wie solche Referendare, die im Wege der Substitution zu Rechtsbeiständen werden. Auch die ständig als solche angestellten Rechtsbeistände höherer Verwaltungsbehörden (Justitiare) hat man im Gegensatz zu Oppenh.-Del. 1 hierher zu zählen.

II. Die **Handlung** besteht darin, daß beiden Parteien in derselben Rechtssache durch Rat oder Beistand pflichtwidrig gedient wird.

1. **Rechtssache** ist jede Angelegenheit, bei der mehrere Personen mit widerstreitenden Interessen beteiligt sind, und die nach rechtlichen Bestimmungen zu erledigen ist. (Gegensatz z. B. ein Ehrenhandel, aber auch jede reine Verwaltungssache). Daß Streit vorhanden oder daß die Angelegenheit bereits vor eine Behörde gebracht worden sei, ist nicht erforderlich. Daher sind namentlich auch Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit als Rechtssachen anzusehen, sofern nur mehrere Personen mit widerstreitenden Interessen beteiligt sind. Anders unterscheidet bzgl. der freiwilligen Gerichtsbarkeit (für das Gebiet des § 334) Katzenstein, Ztschr. **23**, 184. Die Identität der Rechtssache wird auch bei Sachen der streitigen Gerichtsbarkeit nicht schlechthin durch die Identität des Prozesses, sondern durch den Umfang der Streitmaterie (Olsh. 3) bestimmt. Wer z. B. als Rechtsanwalt allgemein mit der Ordnung der Angelegenheiten einer Person betraut und in diesem Sinne für sie thätig ist, darf keine Prozesse gegen seinen Auftraggeber übernehmen. E **23**, 60. Zweifellos gehören auch Strafsachen zu den Rechtssachen. Dennoch kann sich der Staatsanwalt des Delikts der Prävarikation nicht schuldig machen, weil er nach der StPO auch im Interesse des Angeklagten thätig werden soll. Wohl aber begeht der Verteidiger das Delikt, wenn er dem Staatsanwalt einen dem Interesse seines Klienten widersprechenden Rat erteilt. A. A. die meisten, z. B. v. Liszt § 179, Olsh. 3. Ebenso kann Prävarikation bei der Privat- und Nebenklage begangen werden.
2. **Das Dienen muß ein pflichtwidriges sein** und durch Rat oder Beistand erfolgen Pflichtwidrig ist die Gewährung von Rat oder Beistand, wenn sie im entgegengesetzten Interesse erfolgt. RAO § 31 Nr. 2. E **23**, 60. Maßgebend ist somit die Willensrichtung, nicht das erreichte Resultat. — Beseitigt wird die Pflichtwidrigkeit namentlich dadurch, daß der Thäter im Einverständnis beider Parteien handelt oder ein gemeinsames Interesse, z. B. Herbeiführung eines Vergleiches, verfolgt. E **14**, 364.

III. Qualifiziert ist das Delikt, wenn der Thäter im **Einverständnisse mit der Gegenpartei zum Nachteile der eigenen** handelt. Olsh. 6 und Oppenh.-Del. 9 nehmen an, daß die Worte „zum Nachteil" lediglich die Willensrichtung bezeichnen. Es bedarf jedoch, wie die Gegenüberstellung mit dem zu II 2 Gesagten ergiebt, des objektiven Eintritts eines Nachteils, bestände er auch nur in der vorübergehenden Verschlechterung der prozessualen Situation. Ähnlich Hälschner **2**, 1084, Rüb.-Stengl. 4.

§ 357.

Ein Amtsvorgesetzter, welcher seine Untergebenen zu einer strafbaren Handlung im Amte vorsätzlich verleitet oder zu verleiten unternimmt, oder eine solche strafbare Handlung seiner Untergebenen wissentlich geschehen läßt, hat die auf diese strafbare Handlung angedrohte Strafe verwirkt.

Digitized by Google

Dieselbe Bestimmung findet auf einen Beamten Anwendung, welchem eine Aufsicht oder Kontrole über die Amtsgeschäfte eines anderen Beamten übertragen ist, sofern die von diesem letzteren Beamten begangene strafbare Handlung die zur Aufsicht oder Kontrole gehörenden Geschäfte betrifft.

Die Stelle erklärt die von einem Amtsvorgesetzten oder einem Kontrolbeamten geleisteten Anstiftungs- und Beihilfehandlungen zu einem Amtsdelikte für del. s. g. Der vollendeten Anstiftung steht die versuchte gleich, sofern sie in der Form des „Unternehmens" auftritt. Vergl. über diesen Begriff § 105 I. Läßt der Vorgesetzte usw. das Amtsdelikt wissentlich geschehen, so spricht man von Konnivenz. Im Gegensatz zu § 340 giebt man hier allgemein zu (vergl. Olsh. 3), daß das einfache Nichthindern genügt. Es handelt sich also um eine Gleichstellung der negativen Beihilfe mit der Thäterschaft. Diese Gleichstellung muß aber erst recht auch für die positive Beihilfe gelten. Zustimmend Olsh. 3. — Militärische Spezialdelikte s. MStGB §§ 115. 116. 143.

§ 358.

Neben der nach Vorschrift der §§ 331, 339 bis 341, 352 bis 355 und 357 erkannten Gefängnisstrafe kann auf Verlust der Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter auf die Dauer von Einem bis zu fünf Jahren erkannt werden.

Im Gegensatze zu der allgemeinen Regel des § 35 kann hiernach der Verlust der Fähigkeit z. Bekleidung öffentl. Ämter unabhängig von der Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte und unabhängig von der Dauer der Gefängnisstrafe ausgesprochen werden. Dies gilt aber nur für die ausdrücklich bezeichneten Delikte. E 30, 159.

§ 359.

Unter Beamten im Sinne dieses Strafgesetzes sind zu verstehen alle im Dienste des Reichs oder in unmittelbarem oder mittelbarem Dienste eines Bundesstaats auf Lebenszeit, auf Zeit oder nur vorläufig angestellte Personen, ohne Unterschied, ob sie einen Diensteid geleistet haben oder nicht, ingleichen Notare, nicht aber Advokaten oder Anwalte.

I. Der **Begriff des Beamten** ist staatsrechtlich außerordentlich bestritten. Deshalb giebt die vorliegende Stelle eine Definition, durch welche wenigstens die Mehrzahl der obwaltenden Zweifel ausgeschlossen wird. Sie findet schlechthin auf alle Bestimmungen des StGB's Anwendung; also nicht nur dann, wenn es sich fragt, ob der Thäter ein Beamter ist, sondern auch dann, wenn es sich fragt, ob die That gegen einen Beamten begangen wurde. E 29, 15.

II. Maßgebend ist nach dem Gesetze die **Anstellung** im Dienste des Reichs oder im unmittelbaren oder mittelbaren Dienste eines Bundesstaats. Das Wesen der Anstellung charakterisiert Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reichs §§ 44. 45 als die vertragsmäßige Begründung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses. Die vertragsmäßige Natur zeigt sich bei der Begründung des Dienstverhältnisses, insofern nur derjenige Beamter ist, der freiwillig in dasselbe eintritt. Geschieht dies dagegen kraft Unterthanenpflicht, so wird die Beamteneigenschaft nicht begründet. Deshalb sind Soldaten, die nur zur Erfüllung ihrer Wehrpflicht dienen, nicht Beamte, wohl aber Kapitulanten

Digitized by Google

und Offiziere. So bezüglich der Berufsoffiziere E 29, 15. Bei den Reserve- und Landwehroffizieren ist die Frage bestritten. S. die Litteraturnachweisungen bei Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 2, 214, der sich selbst mit Recht für die Bejahung ausspricht. Das Gleiche gilt für Landgendarmen. Vergl. übrigens die Spezialbestimmung MStGB § 145. Anderseits scheiden die Inhaber von Ehrenämtern, wie Schöffen und Geschworene, aus. Dagegen sind die Handelsrichter schon wegen GVG § 116 als Beamte anzusehen. Der Inhalt des Vertrags besteht auf der einen Seite in einer besonderen Gehorsams-, Treue- und Dienstpflicht, anderseits in der Verpflichtung zum Schutze und zur Gewährung des etwa zugesicherten Diensteinkommens. So richtet sich der Vertrag auf die Begründung eines eigenartigen öffentlichrechtlichen *Gewaltverhältnisses*. Tritt der Staat in Beziehungen zu einer Person derart, daß ihm diese als *gleichberechtigtes* Wesen gegenübersteht und kein öffentlichrechtliches Gewaltverhältnis begründet wird, so sind sie *privatrechtlicher* Natur und machen die betr. Person nicht zum Beamten. Dies gilt für die Arbeiter einer Staatseisenbahn oder einer Kaiserlichen Werft. Ebenso für Fabrikanten, die, wenn auch dauernd, die Leistung von Bedürfnissen für staatliche Anstalten übernommen haben. Ebenso nach E 5, 337 und E 28, 239 für Lohnschreiber, welche bei den Landgerichten, Landratsämtern und der Staatsanwaltschaft in Preußen angenommen worden sind. Desgleichen nach R 6, 711 bezüglich der Krankenwärter in einer provinzialständischen Heil- und Pflegeanstalt. Der Umstand, daß jemand einem staatlich eingerichteten Disziplinargericht unterworfen ist, genügt für sich allein nicht zur Annahme eines öffentlichrechtlichen Gewaltverhältnisses. Deshalb sind auch in Preußen die Privatdozenten keine Beamten. Vergl. Hubrich, GS 59, 326 ff. Die Frage, von wem die Anstellung auszugehen hat und in welchen Formen sie erfolgt, bestimmt sich nach dem einschlagenden Staatsrecht. Ist die Anstellung nicht von *zuständiger Seite* ausgegangen, fehlt es insbesondere an der etwa erforderlichen Genehmigung einer höheren Behörde, so liegt ein Beamtenverhältnis nicht vor. E 14, 350. 22, 39. R 6, 124. Ist aber die Anstellung formell korrekt, so ist sie wirksam, auch wenn sie rechtlich, z. B. wegen Minderjährigkeit des Angestellten, nicht hätte erfolgen dürfen. E 2, 82. Fehlt es an *Formvorschriften*, so genügt auch die formlose Willenserklärung. Sind Formvorschriften vorhanden, so ist nach dem betr. Staatsrechte zu beurteilen, ob und inwieweit sie wesentliche, d. h. die Rechtsgültigkeit der Anstellung bedingende sind.

Das einschlagende Staatsrecht ist auch für den Begriff der sog. *mittelbaren Staatsbeamten* maßgebend. Grundsätzlich gehören hierher die Beamten der öffentlichen Korporationen, d. h. derjenigen, welche dem Staate untergeordnet, organisch in dessen Verfassung eingegliedert sind, staatliche Zwecke verfolgen und unter staatlicher Autorität und Kontrolle ihre Angelegenheiten verwalten. E 1, 153. 14, 130. Namentlich sind die Gemeinden und Kommunalverbände öffentliche Korporationen, daher z. B. die von Gemeinden angestellten Volksschullehrer Beamte (vergl. E 25, 89. 35, 182); desgleichen grundsätzlich die Universitäten. *Kirchenbeamte* gehören insoweit hierher, als sie zu Funktionen berufen sind, welche nicht nur als kirchliche, sondern auch als staatliche gelten, z. B. Verwaltung des Kirchenvermögens in Preußen. E 3, 258. 14, 130. Niemals zu den Beamten rechnet sie Oppenh.-Del. 29.

Zu diesen Fällen, in denen die Beamteneigenschaft durch Anstellung von seiten einer öffentlichen Korporation begründet wird, gesellen sich solche, in denen ein *privater Dienstvertrag die Anstellung vertritt*. Dies trifft im allgemeinen dann zu, wenn Privatbedienstete öffentlichrechtliche Funktionen vorzunehmen haben. So haben z. B. die Beamten von Privatbahnen bahnpolizeiliche Aufgaben zu erfüllen (R 1, 565); ferner in Preußen die beeidigten Privatforstaufseher jagdpolizeiliche Aufgaben (preuß. Forstdiebstahlgef. §§ 23 ff.) *Insofern* Privatbedienstete zu öffentlichrechtlichen Funktionen befugt sind, sind sie Beamte. E 30, 29 bejaht in diesem Sinne die Beamtenqualität bei Hundefängern, die von einem Tierschutzverein angestellt sind, während sie E 29, 184 den Technikern des bayrischen Dampfkesselrevisionsvereins abspricht. Vergl. noch E 2, 306. 4, 214. 10, 106. 33, 29 (Ge-

Digitized by Google

fängnisärzte betr., verneinend), ferner E. Loening, Lehrbuch des Verwaltungsrechts (1884) 115, Laband, Staatsrecht a. a. O., O. Mayer a. a. O. 216 ff.

III. Rechtsförmliche Anstellung vorausgesetzt, ist es, wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, **gleichgiltig, ob ein Diensteid geleistet wurde** oder nicht. Dies gilt auch gegenüber Reichsbeamtengesetz § 3.

Aus dem Gesagten folgt aber weiter:

1. **Es kommt nicht auf die Natur der Dienstleistungen an.** Insbesondere brauchen sie keine hoheitsrechtlichen zu sein; auch technische Dienstleistungen (Schaffner einer Staatseisenbahn), selbst Dienstleistungen rein mechanischer Art genügen. E 5, 337. (Vergl. dazu E 16, 378, nach welchem Urteil unter gewissen Voraussetzungen aus der Natur der Dienstfunktionen auf die Anstellung geschlossen werden kann).
2. **Es kommt nicht darauf an, ob thatsächlich ein Amt bekleidet wird.** Auch der zur Disposition gestellte Beamte ist noch Beamter. Desgleichen kann jedenfalls auch der Referendar ein Beamter sein, obwohl er (der Idee nach) nur in eigenem Interesse thätig ist. Die von O. Mayer a. a. O. 2, 232 aufgestellte Behauptung, daß alle im Vorbereitungsdienst beschäftigten Personen nicht Beamte seien, kann nicht für richtig angesehen werden. Jedenfalls ist für das Strafrecht nur maßgebend, ob eine Anstellung in dem bezeichneten Sinne vorliegt. Wichtig ist die Frage bes. wegen § 348.
3. **Es kommt nicht darauf an, auf welche Dauer die Bestellung erfolgt ist.** Wird ein Nichtbeamter nur zu ganz vereinzelten Dienstleistungen zugezogen, die an sich einem Beamten obliegen, (z. B. StPO § 185), so wird es im allgemeinen an der Anstellung fehlen. E 5, 418.
4. **Unerheblich ist es, ob die Amtsausübung den wesentlichen Lebensberuf ausmacht oder nicht.** Bezüglich der Postagenten (in Elsaß-Lothringen) hat E 21, 310 die Beamtenstellung bejaht.
5. **Unerheblich ist ferner, ob der Beamte Gehalt bezieht oder nicht.**
6. Unerheblich muß es aber endlich auch sein, ob der Beamte einem etwa vorhandenen Beamtengesetze unterstellt, desgleichen, ob er im Sinne eines bestimmten Landesgesetzes als Beamter anzusehen ist oder nicht. Vergl. E 35, 325.

IV. Notare gehören zu den Beamten, auch wenn sie nicht angestellt sind.

V. Selbstverständlich können private Vereinbarungen keine Beamtenqualität begründen. E 31, 293.

Neunundzwanzigster Abschnitt.

Übertretungen.

I. **Übertretungen und Polizeiübertretungen.** — Aus § 1 ergiebt sich, daß der Begriff der Übertretungen im Sinne des RStGB's lediglich durch die Höhe der angedrohten Strafe bestimmt wird, der Unterschied zwischen Verbrechen und Vergehen auf der einen Seite und den Übertretungen auf der andern mithin ein quantitativer ist. Der Begriff der Übertretungen deckt sich aber nicht mit dem der sog. Polizeiübertretungen. Dieser beruht vielmehr auf der Annahme eines qualitativen Unterschieds zwischen kriminellem und polizeilichem Unrecht. Die Frage, ob ein solcher Unterschied in der That besteht und worin er eventuell liegt, ist seit einem Jahrhundert sehr bestritten. S. über die verschiedenen Ansichten Rosin im Wörterbuche des Verwaltungsrechts 2, 274 ff., Frank i. d. Mitteilungen der internationalen kriminalistischen Vereinigung 7, 186 ff., Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht (1902), vers. Arch. 49, 71 ff. und D. J Z. 9, 212 ff. Vergl. auch Guderian, Ztschr. 21, 828 ff.

Die Bezeichnung als Polizeiübertretungen erklärt sich zunächst historisch durch

Digitized by Google

den Umstand, daß bis um die Mitte des 19. Jahrhunderts gewisse Delikte von der Polizeibehörde abgeurteilt wurden. Vergl. Zachariä, Handb. des deutschen Strafprozesses (1861) 1, 222. Die polizeiliche Gerichtsbarkeit ist aber als solche beseitigt worden, und die RStPO unterwirft die früher zu dieser Gerichtsbarkeit gehörigen Delikte keinen eigentümlichen prozessualen Regeln. Parallel mit dieser Entwicklung ging eine andere, welche die Polizeiübertretungen auch in materiellrechtlicher Beziehung auf eine Stufe mit den kriminellen Delikten zu stellen suchte. Während sich nämlich die älteren Strafgesetzbücher lediglich mit den letzteren befaßten, trat mit dem preußischen StGB von 1851 ein Umschwung ein. Dieses nahm eine Reihe von Polizeiübertretungen auf, unterwarf sie jedoch nicht denselben allgemeinen Regeln wie die übrigen Delikte, sondern stellte einen für sie (und die übrigen Übertretungen) eigentümlichen allgemeinen Teil auf. Erst das RStGB hat die Entwicklung zum Abschlusse gebracht, indem es die Polizeiübertretungen schlechthin denselben Regeln unterwirft wie die kriminellen Delikte. Vergl. Rosin a. a. O. Über die praktischen Nachteile dieser Entwicklung s. außer der oben angeführten Literatur Frank, Ztschr. 18, 733 ff. Rosenberg das. 22, 31 ff. Vergl. auch die Verhandlungen der internat. kriminalist. Vereinigung in Petersburg (Mitteilungen 10, 508 ff.).

Wenn nun auch der angeführte historische Gesichtspunkt für das geltende Recht keine Bedeutung mehr hat, so kann doch selbst der strenge Dogmatiker aus einem andern Grunde von Polizeiübertretungen sprechen. Es giebt nämlich Delikte, bei dem der Staat durch die Strafdrohung wesentlich polizeiliche Funktionen ausübt, Delikte, bei welchen die Strafdrohung die Aufgabe erfüllt, die an sich der Polizei zusteht. Diese Delikte sind Polizeiübertretungen.

Trotz allen Streites über das Wesen der Polizei (vergl. E. Loening, Lehrb. des deutschen Verwaltungsrechts [1884] 4 ff., O. Mayer, Das deutsche Verwaltungsrecht [1895] 245 ff.) schreibt man ihr im wesentlichen doch folgende Aufgaben zu.

1. Die Polizei hat für die Abwendung von Übeln und Gefahren zu sorgen. Demgemäß sind zu den Polizeiübertretungen diejenigen Delikte zu rechnen, bei welchen die Handlung deshalb allgemein und schlechthin verboten wird, weil sie unter Umständen gefährdend oder gar verletzend wirken kann. Der mögliche Eintritt der Gefahr, die „Gefahr der Gefahr" (Rotering, Juriſt. Vierteljahrsschr. 30, 104), ist also das Motiv der Strafdrohung. Z. B. § 366 Nr. 2. 4. 6. Keßler schlägt für diese Gruppe die Bezeichnung Gefährlichkeitsdelikte vor. Offenbar weisen die hierher gehörigen Fälle eine große Ähnlichkeit mit den abstrakten Gefährdungsdelikten (S. 14) auf; vom Standpunkte des Gesetzes aus betrachtet, liegt der Unterschied darin, daß bei diesen letzteren die Gefahr immerhin zum Thatbestande gehört, allerdings unwiderleglich vermutet wird, während sie bei der erstern nicht zum Thatbestande gehört, sondern lediglich das Motiv der Strafdrohung bildet. S. darüber Frank, Studien zum Polizeistrafrecht (Gießener Universitätsprogramm 1897). Die ganze Gruppe der abstrakten Gefährdungsdelikte beruht m. E. auf einem verfehlten legislativen Gedanken. Vergl. Goldschmidt, Arch. 49, 71 ff.
2. Die Polizei hat schlechthin für Abwehr von Störungen der guten Ordnung des Gemeinwesens zu sorgen. Demgemäß sind zu den Polizeiübertretungen solche Delikte zu rechnen, bei welchen eine Handlung ohne Rücksicht auf den Rechtsgüterschutz nur deshalb verboten ist, weil sie im Widerspruch mit der guten Ordnung des Gemeinwesens steht. Guderian a. a. O. spricht in derartigen Fällen von „neutralen" Polizeiübertretungen. Wird z. B. das Baden an gefährlichen Stellen unter Strafe gestellt, so geschieht das nicht, um den Badenden vor dem Ertrinken zu schützen (denn der Versuch des Selbstmords ist bekanntlich straflos), sondern deshalb, weil sich das Baden an jenen Stellen mit der guten Ordnung nicht verträgt. Außerdem gehören zahlreiche Vorschriften gegen Verkehrsstörungen hierher. Dagegen darf man nicht im Anschlusse an Feuerbach zu den Polizeiübertretungen alle diejenigen zählen, welche sich gegen kein Rechtsgut wenden. Vergl. S. 9. Widernatürliche Unzucht und Blut-

Digitized by Google

schande sind deshalb keine Polizeiübertretungen, weil es sich bei ihnen nicht um Beeinträchtigung der „Ordnung" handelt.

3. Die Polizei hat diejenige Thätigkeit auszuüben, mit welcher Zwang auf dem Gebiete der inneren Verwaltung verbunden ist. Deshalb zählen zu den Polizeiübertretungen diejenigen Delikte, bei welchen durch die Strafdrohung ein bestimmtes Verhalten erzwungen werden soll. Allerdings hat nach dem legislativen Gedanken jede Strafdrohung die Bedeutung des psychischen Zwangs (vergl. v. Bar, Handb. d. deutschen Strafrechts 1, 351), aber im allgemeinen doch nur insofern, als sie von der Verletzung oder Gefährdung eines Rechtsguts abhalten soll. Bei den hier interessierenden Fällen aber soll die Strafdrohung lediglich zu einem solchen Verhalten nötigen, das zur Durchführung eines Gesetzes erforderlich ist. Z. B. § 361 Nr. 1 u. 2. Für diese Gruppe gilt das, was Klöppel, Das Reichspreßrecht (1894) 247 ff. — allerdings mit dem Anspruche auf allgemeinere Giltigkeit — sagt, daß sie nämlich nicht mit Unrecht an sich sind.

Nach alledem wird man definieren können: Polizeiübertretungen sind solche Delikte, zu deren Thatbestand weder die Verletzung noch die Gefährdung eines Rechtsguts notwendig gehört, die aber wegen der möglicherweise in ihnen liegenden Gefährdung oder wegen ihres Widerspruchs mit der guten Ordnung des Gemeinwesens oder zur Durchführung bestimmter gesetzlicher Vorschriften mit Strafe bedroht sind.

Man hat vielfach den Ausdruck Polizeiübertretung durch „Ungehorsamsdelikte", „einfache Normübertretungen" u. dergl. ersetzen wollen. Indessen sind derartige Bezeichnungen schon deshalb nicht glücklich, weil sie die materielle Bedeutung der Delikte nicht treffen. Vergl. Keßler, Die Einwilligung des Verletzten (1884) 64, derf. GS 40, 508, Frank i. d. Mitteilungen der internationalen kriminalist. Vereinigung 7, 186 ff.

II. **Die praktische Tragweite der Unterscheidung zwischen Polizeiübertretungen und kriminellen Delikten liegt darin, daß die ersteren, ohne daß es einer besonderen Bestimmung bedarf, auch fahrlässig begangen werden können.** Auf Grund des preußischen StGB's verneinte die Praxis sogar das Erfordernis des Verschuldens überhaupt. Vergl. Oppenhoff, Das StGB f. d. preußischen Staaten (1867) 549. Dieser Auffassung ist jetzt zunächst dadurch der Boden entzogen, daß § 59 schlechthin auf alle im StGB behandelten Delikte Anwendung findet, und daß für die außerhalb des StGB's geregelten das Gleiche gilt, sofern nicht das Gegenteil ersichtlich ist. Vergl. § 59 VIII. A. A. außer den dort Angeführten Entsch. d. bayerischen obersten Landesgerichts i. Strafsachen 1, 152. Aus der zu EG § 2 VI vertretenen Ansicht ergiebt sich weiter, daß die Landesgesetzgebung keine Delikte, also auch kein Polizeidelikt, ohne Verschulden aufstellen kann. (Darüber, daß nach heutigem Rechte die Polizeidelikte zum Strafrecht und nicht zum Verwaltungsrecht gehören, s. Frank, Studien zum Polizeistrafrecht. De lege ferenda für Zuteilung zum Verwaltungsrecht Goldschmidt in seinen oben I zitierten Arbeiten.) Anderseits spricht sowohl die historische Überlieferung (vergl. Breidenbach, Kommentar über das Großherz. Hess. StGB [1844] 1, 13), als auch der Zweck, den der Gesetzgeber bei den Polizeidelikten verfolgt, dafür, daß Fahrlässigkeit als Schuldform genügt. Denn der gesetzgeberische Zweck ist gerade der, ein polizeimäßiges Verhalten einzuschärfen. Vergl. Mayer, Verwaltungsrecht 1, 309. — Die Mehrzahl der Polizeiübertretungen sind gleichzeitig Übertretungen im Sinne des § 1. Aber auch wenn sie unter den Begriff der Verbrechen oder Vergehen fallen, genügt grundsätzlich Fahrlässigkeit. Vergl. z. B. § 330. Auch Olsh. befolgt durchgehend diese Auslegungsregel. Abweichend dagegen Binding, Normen 2, 605, Grundriß 1, 113. Vergl. auch Rotering, Arch. 31, 350.

III. **Abgesehen von den Fällen, in welchen das Gegenteil klar ersichtlich ist (§§ 45, 49), finden die Vorschriften des allgemeinen Teils auch auf die Übertretungen Anwendung.** Dies gilt namentlich für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in den Fällen der Notwehr und des Notstandes.

Digitized by Google

IV. Wegen der Giltigkeit landesrechtlicher Vorschriften ist EG § 2 II 2 zu vergleichen. Litteratur zum Polizeiverordnungsrecht s. § 2 I. Ergänzend sei noch verwiesen auf Oppenh.-Del. Vorbem. zum 29. Abschn. und Rotering, Polizeiübertretungen und Polizeiverordnungsrecht (1888).

§ 360.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1. wer ohne besondere Erlaubnis Risse von Festungen oder einzelnen Festungswerken aufnimmt oder veröffentlicht;
2. wer außerhalb seines Gewerbebetriebes heimlich oder wider das Verbot der Behörde Vorräte von Waffen oder Schießbedarf auffammelt;
3. wer als beurlaubter Reservist oder Wehrmann der Land- oder Seewehr ohne Erlaubnis auswandert, ebenso wer als Ersatzreservist erster Klasse auswandert, ohne von seiner bevorstehenden Auswanderung der Militärbehörde Anzeige erstattet zu haben;
4. wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von Metall- oder Papiergeld, oder von solchen Papieren, welche nach § 149 dem Papiergelde gleich geachtet werden, oder von Stempelpapier, Stempelmarken, Stempelblanketten, Stempelabdrücken, Post- oder Telegraphenwertzeichen, öffentlichen Bescheinigungen oder Beglaubigungen dienen können, anfertigt oder an einen Anderen als die Behörde verabfolgt;
5. wer ohne schriftlichen Auftrag einer Behörde den Abdruck der in Nr. 4 genannten Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder Formen, oder einen Druck von Formularen zu den daselbst bezeichneten öffentlichen Papieren, Beglaubigungen oder Bescheinigungen unternimmt, oder Abdrücke an einen Anderen als die Behörde verabfolgt;
6. wer Waren-Empfehlungskarten, Ankündigungen oder andere Drucksachen oder Abbildungen, welche in der Form oder Verzierung dem Papiergelde oder den dem Papiergelde nach § 149 gleich geachteten Papieren ähnlich sind, anfertigt oder verbreitet, oder wer Stempel, Stiche, Platten oder andere Formen, welche zur Anfertigung von solchen Drucksachen oder Abbildungen dienen können, anfertigt;
7. wer unbefugt die Abbildung des Kaiserlichen Wappens oder von Wappen eines Bundesfürsten oder von Landeswappen gebraucht;
8. wer unbefugt eine Uniform, eine Amtskleidung, ein Amtszeichen, einen Orden oder ein Ehrenzeichen trägt, oder Titel, Würden oder Adelsprädikate annimmt, ingleichen wer sich eines ihm nicht zukommenden Namens einem zuständigen Beamten gegenüber bedient;
9. wer gesetzlichen Bestimmungen zuwider ohne Genehmigung der Staatsbehörde Aussteuer-, Sterbe- oder Witwenkassen, Versicherungsanstalten oder andere dergleichen Gesellschaften oder Anstalten errichtet, welche

Digitized by Google

bestimmt sind, gegen Zahlung eines Einkaufsgeldes oder gegen Leistung von Geldbeiträgen beim Eintritte gewisser Bedingungen oder Fristen, Zahlungen an Kapital oder Rente zu leisten;

10. wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr genügen konnte;
11. wer ungebührlicherweise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt;
12. wer als Pfandleiher oder Rückkaufshändler bei Ausübung seines Gewerbes den darüber erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt, insbesondere den durch Landesgesetz oder Anordnung der zuständigen Behörde bestimmten Zinsfuß überschreitet;
13. wer öffentlich oder in Ärgernis erregender Weise Tiere boshaft quält oder roh mißhandelt;
14. wer unbefugt auf einem öffentlichen Wege, einer Straße, einem öffentlichen Platze oder in einem öffentlichen Versammlungsorte Glücksspiele hält.

In den Fällen der Nummern 1, 2, 4, 5, 6 und 14 kann neben der Geldstrafe oder der Haft auf Einziehung der Risse von Festungen oder Festungswerken, der Vorräte von Waffen oder Schießbedarf, der Stempel, Siegel, Stiche, Platten oder anderen Formen, der Abdrücke oder Abbildungen, oder der auf dem Spieltische oder in der Bank befindlichen Gelder erkannt werden, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht.

I. **Zu Nr. 1.** — Das Delikt ist eine Polizeiübertretung, kann also auch fahrlässig begangen werden. Z. B. der Thäter glaubte, die besondere Erlaubnis zu besitzen. — Der Begriff des *Risses* ist in weitestem Sinne zu nehmen und umfaßt jede graphische Darstellung von Festungen oder einzelnen Festungswerken, sofern sie nicht von allgemein zugänglichen Plätzen aus wahrgenommen werden können. Vergl. auch Entsch. des Oberhandelsgerichts 24, 131. — Der Begriff des *Veröffentlichens* deckt sich im wesentlichen mit dem des Verbreitens. Vergl. § 110 II 2a. Doch liegt darin nicht das Erfordernis, daß die Darstellung auch der *Substanz* nach zugänglich gemacht werde. Die Veröffentlichung kann also auch durch Vorzeigen an einen größeren, durch persönliche Beziehungen nicht verbundenen Personenkreis erfolgen. — Ist die Festung oder das Festungswerk ein Gegenstand, dessen Geheimhaltung im Interesse der Landesverteidigung erforderlich ist, so tritt die vorliegende Stelle hinter dem Ges. gegen den Verrat militärischer Geheimnisse v. 3./7 1893 zurück; sie hat also insofern nur subsidiäre Bedeutung. Das Gleiche gilt im Verhältnis zu § 86, d. h. dann, wenn der Thäter mit hochverräterischer Absicht handelte. Dagegen ist (Real-)Konkurrenz mit § 8 des Ges. v. 3./7 1893 möglich. — Wegen *Einziehung* vergl. den letzten Absatz.

II. **Zu Nr. 2.** — Auch hier ist fahrlässige Begehung denkbar, namentlich in der Art, daß der Thäter schuldhafterweise von dem Verbote der Behörde keine Kenntnis hat. Ebenso Olsh. e, a. A. Rotering 33, Oppenh.-Del. 8a. Der Ausdruck *Vorrat* deutet auf die Absicht des Gebrauchmachens hin. Vergl. § 308 II 5. Raritäten-

Digitized by Google

sammler fallen daher nicht unter die vorliegende Stelle. Ebensowenig **Waffenhändler**; denn ein Ansammeln innerhalb des Gewerbebetriebs ist niemals strafbar. Bei hochverräterischer Absicht findet § 86 Anwendung. Vergl. über die Stelle Goehrs, Der Rechtsfrieden (1900) 50 ff., 176 ff. — Wegen **Einziehung** siehe den letzten Absatz.

III. **Zu Nr. 3** ist § 140 zu vergleichen. S. namentlich daselbst Nr. 2. Die Ersatzreservisten (eine abgesonderte 1. Klasse giebt es nicht mehr) gehören nach § 11 des Ges. vom 11./2 1888 zu den Mannschaften des Beurlaubtenstandes und unterliegen denselben Bestimmungen wie diese, sofern nicht das zitierte Gesetz selbst besondere Vorschriften enthält. Demnach bedürfen auch sie zur Auswanderung einer ausdrücklichen Erlaubnis und genügt vorhergehende Anzeige nicht. Übrigens darf reserve-, land- und seewehrpflichtigen Mannschaften in der Zeit, in welcher sie zum aktiven Dienste nicht einberufen sind, die Erlaubnis zum Auswandern nicht verweigert werden. § 15 des Ges. vom 9./11 1867. Eine Ausnahme macht nur das Ges. v. 3./8 1893 bezüglich der nach zweijähriger aktiver Dienstzeit entlassenen Mannschaften für das erste Jahr nach ihrer Entlassung. Vergl. noch Wehrordnung § 111 Nr. 3. — Der zweite Fall (Auswanderung ohne vorhergehende Anzeige) findet jetzt Anwendung auf die zur Land- oder Seewehr 2. Aufgebots gehörigen Personen. Ges. v. 11./2 1888 § 4 Nr. 3 und § 20. — Ein **Dauerdelikt** liegt nur im ersten Falle vor (vergl. § 140 III), dagegen nicht im zweiten; denn bei diesem besteht die strafbare Handlung, wie Olsh. d β bemerkt, lediglich in der Unterlassung der Anzeige. Wegen der Verjährung s. § 67 II. Binding 1, 836, Oppenh.-Del. 17 nehmen auch in dem ersten Falle kein Dauerdelikt an. — Fahrlässige Begehung ist zwar denkbar, wird aber bei dem engen Zusammenhang der Vorschrift mit § 140 nicht als strafbar angesehen werden dürfen. Übereinstimmend Oppenh.-Del. 16, Rüd.-Stengl. 4. Abweichend Olsh. e. — Wegen des Verfahrens s. StPO §§ 470 ff.

IV. **Zu Nr. 4.** — Die Stelle ist durch Ges. v. 13./5 1891 auf die Postwertzeichen erstreckt worden. Der Dolus der Münzfälschung oder der Delikte des § 275 wird nicht gefordert, vielmehr genügt wegen des polizeilichen Charakters **Fahrlässigkeit**. Gegenüber den Verletzungsdelikten und der Beihilfe dazu (§§ 146 ff. 275) aber tritt die vorliegende Stelle zurück. Sie hat also nur subsidiären Charakter. — Über den Begriff der **Behörde** s. § 114 II. Zuständig braucht die Behörde nicht zu sein. So Olsh. b, Gerland, GS 49, 287 gegen Oppenh.-Del. 23. — **Siegel** bedeutet nach R 2, 663 ein Werkzeug, mittels dessen der Abdruck eines gewissen Zeichens in einem weicheren Körper erfolgt. — Den Begriff **verabfolgen** versteht Gerland, GS 49, 288 mit Unrecht in dem Sinne, daß man sich keines Botens bei der Übermittelung bedienen dürfe. — Wegen **Einziehung** vergl. den letzten Absatz.

V. **Zu Nr. 5.** — Die Stelle hat im wesentlichen denselben Charakter wie die vorhergehende Nummer. Erweitert ist der Thatbestand namentlich durch die Hinzufügung der **Formulare**. Über den Begriff des **Unternehmens** s. § 105 und Gerland, GS 49, 290/1. — Wegen **Einziehung** vergl. den letzten Absatz.

VI. **Zu Nr. 6.** — Polizeidelikt mit Möglichkeit **fahrlässiger** Begehung. Ebenso Olsh. a, Schicker 21. A. A. Binding, Grundriß 3, 288, Rotering 35. Einseitige Abbildungen in numismatischen Werken können nicht hierher gerechnet werden, weil die Gesamterscheinung die Ähnlichkeit mit Papiergeld ausschließt. Dagegen wird man mit Olsh. b annehmen müssen, daß **beiderseitige** Abbildungen dieser Art unter das Gesetz fallen.

VII. **Zu Nr. 7.** — Ein Verletzungsdelikt, gerichtet gegen die Rechte des Kaisers oder der Landesherren oder der Bundesstaaten. Daher ist nur **vorsätzliche** Begehung strafbar. So Olsh. a, Rotering 35. A. A. v. Schicker 1. — Der Gebrauch und die Abbildung des kaiserlichen Adlers zu Bezeichnung der Waren oder Etiketten ist allen deutschen Fabrikanten gestattet, jedoch nicht in der Form eines Wappenschildes. S. den Kaiserlichen Erlaß vom 16./3 1872 und die Bekanntmachung

Digitized by Google

des Reichskanzlers vom 11./4 1872 (RGBl. 90. 93). — Unter Landeswappen sind nur die Wappen der deutschen Bundesstaaten, nicht die der Städte oder Provinzen zu verstehen. Olsh. c.

VIII. **Zu Nr. 8.** — Auch hier liegt ein Verletzungsdelikt vor, sodaß nur die vorsätzliche Begehung strafbar ist. Ebenso Olsh. a, Rotering 36, E 33, 305. Verletzt aber ist die staatliche Autorität oder Verwaltung. Unter Strafe gestellt sind folgende Handlungen:

1. unbefugtes Tragen einer Uniform, einer Amtskleidung, eines Amtszeichens, eines Ordens oder Ehrenzeichens. — Die Frage, ob nur inländische Uniformen usw. oder auch ausländische hierher gehören, ist bestritten. Der Umstand, daß das Gesetz im vierten Abschnitte des 2. Teils Handlungen gegen auswärtige Staaten besonders normiert, kann hier nicht in Betracht kommen, da der 29. Abschnitt überhaupt keine Systematik aufweist. Man wird daher mit v. Schwarze 8 und Rüd.-Stengl. 13 ausländische Uniformen den inländischen gleichzustellen haben. Hinsichtlich der ausländischen Orden stimmen auch Olsh. b und Oppenh.-Del. 38. 39 überein. Zu weit aber gehen Rüd.-Stengl. 13, wenn sie auch Phantasieuniformen und -Orden hierher rechnen. Unwesentliche Abweichungen von der Uniform oder den Orden sind freilich unerheblich. — Ein Tragen einer Uniform oder einer Amtskleidung liegt nur dann vor, wenn die Person als ganzes uniformirt oder als Beamter bekleidet erscheint. — Unbefugt ist das Tragen dann, wenn dem Träger die Befugnis dazu fehlt. Wer im allgemeinen das Recht hat, eine Uniform usw. zu tragen, macht sich nicht strafbar, wenn er sie an unpassendem Orte oder zu unpassender Zeit trägt. Ist aber das Recht des Tragens nur in beschränktem Umfange verliehen, so wird das Tragen bei jeder Überschreitung zu einem unbefugten. Dies ist wichtig für Landwehr- und Reserveoffiziere. Siehe Bekleidungsvorschrift für Offiziere Nr. 45. Nach der herrschenden Lehre sind derartige Fälle niemals kriminell strafbar. — Anderseits aber ist der Begriff des Tragens nicht gleichbedeutend mit Anlegen, er enthält vielmehr einen Hinweis darauf, daß der Thäter im bürgerlichen Leben (nach außen hin) mit der Uniform, dem Orden usw. auftrete. Ein Anlegen im Freundeskreise, bei Maskeraden oder auf der Bühne ist demnach nicht strafbar. — Sofern es nach Landesrecht zur Annahme ausländischer Orden und Ehrenzeichen einer Genehmigung bedarf, ist das ohne eine solche erfolgende Tragen ein unbefugtes;
2. unbefugte Annahme von Titeln, Würden oder Adelsprädikaten. — Unter Titel wird zumeist verstanden: eine durch höhere Verleihung zu erwerbende, mit Rangstellung oder sonstigen Vorrechten verbundene Benennung. Es kann indessen nicht zugegeben werden, daß dem Begriffe des Titels der Hinweis auf eine Rangstellung wesentlich sei. Man spricht ganz allgemein von einem Doktortitel, und doch sind damit weder Vorrechte noch Rangstellung verbunden, auch nicht, wie Olsh. c. behauptet, eine Ehrenstellung innerhalb der Universitäten. (Selbstverständlich kann ich als Westdeutscher für nähere Belehrung über das Wesen der Rangstellung Herrn Hubrich nur dankbar sein. Vergl. dessen Bemerkung GS 59, 335). Es giebt also Titel, die nur zu dem Zwecke der Auszeichnung (= Ehrung) verliehen werden (Ehrentitel). So auch v. Schicker 22. Diesem Zwecke hat sich der der Rangstellung als Spezialfall unterzuordnen. Es giebt ferner Titel, die lediglich zur Bezeichnung einer bestimmten Beamtenqualität oder mit einem bestimmten Amte (wenn auch nur stillschweigend) verliehen werden (Amtstitel). Vergl. RG, Annalen 9, 318. Es giebt endlich, wie das Kammergericht in einem Urt. v. 29./4 1901 (Arch. 47, 314) mit Recht hervorhebt, auch Titel, die überhaupt nicht verliehen, sondern mit einer bestimmten (nichtamtlichen) Stellung erworben werden (Berufstitel). Wird

Digitized by Google

ein Titel verliehen, so muß die Verleihung von einem autoritativen Willen ausgehen, derart, daß sich die Verleihung als ein, wenn auch mittelbarer, Ausdruck des Staatswillens darstellt. Um ehrende Bezeichnungen, wie sie etwa von Sportvereinen verliehen werden („Meisterfahrer von Deutschland"), kümmert sich das Recht nicht. Dem entspricht es, daß da, wo ein Titel ohne Verleihung mit einer Stellung erworben wird, diese eine öffentliche sein muß in dem Sinne, daß sich mit ihr öffentliche Rechte und Pflichten verbinden. Man hat also zu definieren: Titel ist die einer Person von einem autoritativen fremden Willen zum Zwecke der Ehrung oder zur Kenntlichmachung eines Beamten- oder Amtscharakters verliehene oder ihr kraft einer öffentlichen Stellung zustehende Bezeichnung. Ein Ehrentitel ist außer Doktor z. B. der Kommerzienrat, aber auch Hoflieferant. Wer sich als Hoflieferant bezeichnet, bringt dadurch nicht nur zum Ausdruck, daß er für den Hof liefert, sondern auch, daß ihm der Hof in Anerkennung seiner Lieferung, also zum Zwecke der Ehrung, eine bestimmte Bezeichnung beigelegt hat. Ebenso bezügl. des Hoflieferanten v. Schicker 22 und, wie er berichtet, auch OLG Stettin, Urt. v. 10./4 1896. A. A. Olsh. c a, Urt. des Kammergerichts v. 20./1 1890 im Arch. 87, 447. Eine andere und nur nach dem konkreten Staatsrecht zu beurteilende Frage ist freilich die, ob es sich dabei um eine unter staatlicher Autorität verliehene Bezeichnung handelt. Von einer ausländischen Autorität verleihbare Titel stehen den inländischen gleich. Bedarf es jedoch nach dem Landesrecht der Genehmigung zur Führung eines solchen Titels, so ist strafbar, wer den Titel ohne diese Genehmigung führt. Zur Führung des außerhalb Deutschlands erworbenen Doktortitels ist nach einer Verordnung v. 7./4 1897 in Preußen Genehmigung des Kultusministers erforderlich. Entschieden wurde, daß der Inhaber eines ausländischen Doktortitels, dessen Umfang jedoch dem deutschen nicht entspricht, sich nicht der für diesen letzteren üblichen Abkürzungen bedienen darf. Z. B. dürfe ein Dr. chir. dent. (Baltimore) sich nicht einfach als Dr. bezeichnen. So OLG Breslau, Arch. 42, 421. Dagegen Olsh. c. Die Frage, ob auch geistliche Titel hierher gehören, ist bestritten, wird aber mit der herrschenden Lehre zu bejahen sein. A. A. Oppenh.-Del. 47. Als Berufstitel in dem bezeichneten Sinne erscheinen Rechtsanwalt, Privatdozent, in Preußen auch Prozeßagent. Ebenso das Kammergericht a. a. O.; bezügl. der Bezeichnung Prozeßagent auch OLG Cöln, Arch. 48, 318, bezügl. der Bezeichnung Rechtsanwalt auch das RG E 34, 271 (letzteres hauptsächlich deshalb, weil die Rechtsanwaltschaft gemäß § 31 ein öffentliches Amt sei, die Zulassung nach RAO § 3 auch besonders ausgesprochen werden müsse). Niemals sind dagegen solche Bezeichnungen als Titel anzusehen, die auf eine selbstgewählte Lebensstellung ohne öffentlichrechtlichen Charakter hinweisen, wie „Lehrer", „Musikdirektor", „Arzt" (vergl. jedoch GO § 147 Nr. 3). Immerhin können derartige Bezeichnungen dadurch zu Titeln werden, daß sie landesrechtlich als solche verliehen werden. Dies gilt für das Prädikat eines Professors. So das oben zitierte Urt. d. OLG's Stettin. — Würde bezeichnet eine Ehrenstellung innerhalb einer Gemeinschaft. Gemeint sind aber auch hier nur staatliche oder unter staatlicher Autorität (wohl auch unter kirchlicher) stehende Gemeinschaften, z. B. Universitäten, Akademieen, Handelskammern, geistliche Orden. Die Bezeichnung Doktor„würde" trifft für die Gegenwart nicht mehr zu. — Zu den Adelsprädikaten gehören auch solche, die eine höhere Stufe bezeichnen. — Strafbar ist es, wenn Titel, Würden oder Adelsprädikate angenommen werden, d. h. wenn der Thäter sich im bürgerlichen Leben durch Führung des Titels usw. den Anschein giebt, dazu berechtigt zu sein. Ein vorübergehender Gebrauch wird nur dann

Digitized by Google

ausreichen, wenn sich dadurch die Absicht kund giebt, im Publikum diesen Glauben zu erwecken. Wiederholtes Gebrauchen begründet demnach keine Realkonkurrenz. In letzterer Beziehung übereinstimmend Olsh. k. Jedenfalls fordert der Begriff des Annehmens ein positives Thun und es genügt nicht, wenn sich jemand nur die entsprechende Anrede gefallen läßt. E 33, 305;

3. der Gebrauch (das „Sichbedienen") eines dem Thäter nicht zukommenden Namens gegenüber einem zuständigen Beamten. — Zuständig ist ein solcher Beamter, der das hoheitliche, mit Zwangsgewalt ausgestattete Recht hat, nach dem Namen zu fragen. Namentlich gehören hierher Polizeibeamte (auch Bahnwärter bei Ausübung der Bahnpolizei, R 1, 565) und Richter, aber nicht Briefträger bei Besorgung von Postsachen. R 1, 793. 10, 123. — Strafbar ist auch der Gebrauch eines falschen Vornamens. E 30, 230. — Nach Landesgesetzen ist zuweilen die Angabe eines falschen Namens bei Ergreifung auf frischer That als Strafschärfungsgrund anzusehen. In derartigen Fällen (z. B. preuß. Forstdiebstahlsgesetz § 3 Nr. 3 und preuß. Forst- und Feldpolizeigesetz § 2 Nr. 3) findet die vorliegende Stelle wegen notwendiger (Gesetzes-) Konkurrenz keine Anwendung.

IX. Zu Nr. 9. — Die hier behandelten Kassen haben sämmtlich den Charakter von Versicherungsanstalten. Sparkassen gehören demnach nicht hierher. Strafbar ist die ungenehmigte Errichtung nur dann, wenn nach Landesrecht Genehmigung erforderlich ist (Blankettgesetz). Nach E 35, 346 findet die Stelle keine Anwendung, wenn das Versicherungsgeschäft nur als Nebengeschäft eines andern Gewerbebetriebs erscheint. — Fahrlässige Begehung (bei Unkenntnis der mangelnden Genehmigung) ist strafbar. — Spezialbestimmung s. Ges. üb. d. privaten Versicherungsunternehmungen v. 22./5 1901 § 108.

X. Zu Nr. 10 (sog. Liebesparagraph). — Die Stelle enthält ein echtes Unterlassungsdelikt. Die Unterlassung besteht darin, daß nicht Hilfe geleistet wird. Strafbar aber ist dieses negative Verhalten nur unter doppelter Voraussetzung:

1. Zunächst muß eine Aufforderung zur Hilfeleistung von der Polizeibehörde oder deren Vertreter ergangen sein. Im Falle der Seenot gilt als Polizeibehörde auch der Strandvogt. S. Strandungsordnung v. 17./5 1874 § 9. Die herrschende Lehre verlangt, daß die Aufforderung individuell ergangen sei, und erklärt daher generell gehaltene Aufforderungen für ungenügend. Zuständigkeit der Polizeibehörde ist selbstverständliche Voraussetzung; zuständig aber ist diejenige, die nach Lage der Sache für die Beseitigung der Gefahr zu sorgen hat. Die Aufforderung kann ergehen:
   a) bei Unglücksfällen. Wie der Wortlaut sagt, ist Unglücksfall ein Fall des Unglücks, d. h. ein Fall, bei dem jemand in irgend einem Rechtsgute verletzt worden ist. Es genügt also auch ein Vermögensunglück. Darauf, ob das Unglück von einer Naturgewalt oder durch menschliche Thätigkeit herbeigeführt wurde, kommt es nicht an. Ebenso unerheblich ist, ob das Unglück nur eine oder mehrere, ob es natürliche oder juristische Personen trifft. Stets aber ist erforderlich, daß der Unglücksfall zu der Zeit, da Hilfe geleistet werden soll, noch andauert in dem Sinne, daß der Eintritt eines weiteren Schadens zu befürchten ist. Dies ist z. B. wichtig bei Aufforderung zur Beteiligung an Rettungsarbeiten bei Einsturz eines Hauses;
   b) bei gemeiner Gefahr. Über den Begriff Gefahr siehe § 1 II und über den der gemeinen Gefahr die Vorbemerkungen zum 27. Abschnitt. Gleichgiltig ist auch hier das Rechtsgut, gegen welches sich die Gefahr wendet. Der Unterschied gegenüber dem Unglücksfalle liegt darin, daß eine Verletzung noch nicht eingetreten zu sein braucht;

Digitized by Google

c) bei gemeiner Not. Die Not teilt mit dem Unglücksfalle das Moment, daß eine Verletzung bereits eingetreten und eine weitere zu erwarten ist. Der Begriff ist aber insofern enger, als er Verletzung und Gefährdung von Leib oder Leben fordert. Außerdem muß die Not eine gemeine sein, d. h. unbestimmt welche und wie viele Menschen ergriffen haben.

2. Ferner muß der Aufgeforderte der Aufforderung ohne erhebliche eigene Gefahr Hilfe haben leisten können. Auch hier kommt es nicht darauf an, gegen welches Rechtsgut sich eventuell die Gefahr gerichtet hätte. Für den Begriff der erheblichen Gefahr ist nicht nur, wie Olsh. annimmt, die besonders naheliegende Wahrscheinlichkeit einer Verletzung maßgebend, sondern es muß auch eine Abwägung des auf seiten des Aufgeforderten eventuell gefährdeten Rechtsguts gegenüber dem thatsächlich gefährdeten eintreten. Übereinstimmend Rotering 38, v. Schicker 27.

Fahrlässige Begehung ist straflos. Z. B. der Aufgeforderte hält schuldhafterweise den Auffordernden nicht für einen Polizeibeamten oder überschätzt die eigene Gefahr. — Thäter können namentlich auch Medizinalpersonen sein.

Landesrechtliche Vorschriften, durch welche bei einem Unglücksfalle bestimmte Personen (z. B. Bergwerksbesitzer oder Bewohner einer gewissen Gegend) ohne spezielle Aufforderung zur Hilfeleistung verpflichtet werden, bleiben unberührt. Dagegen sind solche landesrechtliche Strafbestimmungen aufgehoben, welche individuelle Aufforderung zur Hilfeleistung voraussetzen. So erklärt das bayrische oberste Landesgericht (Entsch. in Strafs. 1, 246) die Strafvorschriften des bayer. Ges. v. 25. 5 1852 über den Uferschutz Art. 17. 26 für beseitigt.

XI. Zu Nr. 11.

1. Ruhestörenden Lärm erregen heißt: durch Erregung von Lärm die Ruhe stören. Es handelt sich also um ein Verletzungsdelikt in dem Sinne daß thatsächlich eine Störung der Ruhe eingetreten sein muß. Abweichend die herrschende Lehre, vergl. Berner 693, Binding, Lehrb. 190, Olsh. d. Sie begnügt sich mit einem Lärm, der nur geeignet ist, die Ruhe zu stören. Anderseits ist eine Störung der Nachtruhe nicht erforderlich. Auch kommt es auf den Ort der Handlung nicht an. Das Gesetz bedroht aber nicht den, der die Ruhe „eines andern" stört, verlangt vielmehr, daß die Ruhe allgemein, die Ruhe des Publikums gestört werde. Die Richtigkeit dieser durchaus herrschenden Ansicht, gegen die sich jedoch Binding, Lehrb. 190 wendet, folgt namentlich auch aus der gerade hier sehr wichtigen Entstehungsgeschichte. S. darüber bes. Zimmerle, GS 57, 442. Der Begriff des Publikums ist nur eine bestimmte Anwendungsform des Begriffs der Öffentlichkeit. Enthält aber dieser einen Hinweis auf einen größeren, durch individuelle Beziehungen nicht zusammengehaltenen Personenkreis (§ 110), so liegt der objektive Thatbestand der Ruhestörung dann vor, wenn durch Erregung von Lärm die Ruhe eines größeren, durch individuelle Beziehungen nicht zusammengehaltenen Personenkreises gestört wird. Dies kann auch dann zutreffen, wenn sich die Störung nur gegen die Bewohner eines Hauses wendet. E 13, 366. A. A. Berner 694. Die Erregung von Lärm muß eine ungebührliche sein. Die Auslegung dieses Begriffs ist bestritten. Am einfachsten und natürlichsten wird ihm ein negativer Sinn: „ohne gerechtfertigte Veranlassung" beigemessen. Wer lärmt, um eine Feuersbrunst anzukündigen, oder um sich Hilfe gegen einen Angriff zu verschaffen, erregt den Lärm nicht ungebührlicherweise. Daraus ergiebt sich auch, daß der mit einem Gewerbebetriebe verbundene Lärm grundsätzlich kein ungebührlicher sein kann. Anders freilich, wenn der Gewerbetreibende aus Chikane oder einer besonderen Verpflichtung zuwider handelt. Übereinstimmend Entsch. d. hans. Oberlandesgerichts 124. — Ist die Ruhestörung ein Verletzungsdelikt, so ist auch Vorsatz erforderlich. Der Thäter

Digitized by Google

muß nicht nur wissen, daß er lärmt, sondern auch, daß er die Ruhe des Publikums in dem oben mitgeteilten Sinne stört. Dagegen bezieht F. Frank, Arch. 34, 150 den Vorsatz nur auf das Lärmen, nicht aber auf die Ruhestörung. Ebenso RG, Arch. 43, 119, OLG Colmar, Arch. 47, 454. Dagegen mit Recht Gilischewski, Arch. 39, 140. Vorsatz fordert auch die Mehrzahl derer, welche nur einen zur Ruhestörung geeigneten Lärm verlangen und somit das Delikt als Gefährdungsdelikt ansehen. So bes. Olsh. a u. d δ, Binding, Lehrb. 190. — Das Delikt kann als unechtes Unterlassungsdelikt begangen werden, sofern eine Verpflichtung zur Verhinderung des Lärmens besteht (besonders wichtig bei bellenden Haushunden). Aber auch in diesem Falle muß der Thäter um die Erregung des ruhestörenden Lärms wissen oder sie voraussehen.

2. Der Begriff des groben Unfugs ist sehr bestritten. Sieht man auf die Etymologie, so würde jedes wider Fug und Recht geschehende Handeln darunter fallen. Die Praxis ist in der That dieser Auffassung sehr geneigt. Sie gestaltet den groben Unfug zu einem subsidiären Delikte aus und umgeht auf diese Weise den Satz nulla poena sine lege (§ 2). S. dagegen v. Bar, GS 40, 429 ff., Hacke, Der grobe Unfug (1892), Krauße, Ztschr. 16, 657 ff., v. Lilienthal in Holtzend. Rechtslexikon Art. „Unfug", F. Frank im Arch. 34, 145 ff., 36, 267 ff., v. Liszt § 190, Meyer 763, besonders aber Müller, Gegen den groben Unfug in der heutigen Rechtsprechung (1895). Prinzipiell wird freilich allgemein anerkannt, daß die vorliegende Stelle kein subsidiäres Delikt enthalte. E 19, 294.

Führt aber die Wortauslegung zu keinem Ergebnis, so muß die historische platzgreifen. (Vergl. darüber bes. Zimmerle, Arch. 47, 64 ff., Krauße a. a. O.). In dieser Beziehung steht nun fest, daß § 360 Nr. 11 zurückweist auf das „Bubengesetz" im ALR II 20 § 183. Diese Stelle bedrohte mit verhältnismäßigem Gefängnisse oder körperlicher Züchtigung oder Zuchthausstrafe „mutwillige Buben, welche auf den Straßen oder sonst Unruhe erregen oder grobe Unsittlichkeiten verüben". Vergleicht man diese Fassung mit der des preußischen und des RStGB's, so ergiebt sich als wesentlicher hier in Betracht kommender Unterschied, daß das Wort „Unsittlichkeiten" durch Unfug ersetzt worden ist. Diese Änderung war umsomehr geboten, als der heutige Sprachgebrauch dem Worte Unsittlichkeit eine geschlechtliche Beziehung giebt. Sachlich aber ist der Charakter der Bestimmung im ganzen unberührt geblieben. Es wird denn jetzt auch (abgesehen von Binding, Lehrb. 191, der als Objekt das Empfindungsleben bezeichnet) allgemein anerkannt, daß sich die Stelle gegen den äußeren Bestand der öffentlichen Ordnung wendet. E 19, 294. 31, 185. 32, 100. 34, 425. Der Unfug ist ein grober, wenn er den äußeren Bestand der öffentlichen Ordnung in erheblicher Weise stört. Diese Fassung darf aber nicht zu der häufig vertretenen Ansicht verleiten, als sei Objekt des Delikts der Rechtsfrieden. Wird durch eine Handlung das befriedete Zusammenleben der Menschen oder das Gefühl der Rechtssicherheit beeinträchtigt, so beurteilt sich ihre Strafbarkeit nach §§ 125. 126. 130. 130a. 241. Die vorliegende Stelle hat weder gegenüber den angeführten noch gegenüber irgend welcher andern Stelle die Bedeutung einer subsidiären Bestimmung. S. darüber bes. Goehrs, Der Rechtsfrieden (1900) 182 ff. Anderseits ist es zu eng, wenn man mit F. Frank, Arch. 36, 270, v. Bar, GS 40, 429 ff., v. Liszt § 190 und den früheren Auflagen dieses Kommentars den Thatbestand des groben Unfugs auf sinnlich lästig fallende Handlungen beschränkt. Dagegen bes. Zimmerle a. a. O., Binding, Lehrb. 191. Nur ist bei psychisch belästigenden Handlungen zu fordern, daß die Belästigung als unmittelbare Folge der Handlung erscheint. Dem entspricht auch die neuere Praxis des RG's, welches die weitergehende Ansicht früherer Urteile zurücknimmt. E 31, 185. 32, 100. Als grober Unfug durch unmittelbare psychische Belästigung würde z. B. der frivole

Digitized by Google

Gewerbe erfordert. Ebenso wäre es grober Unfug, wenn in einer zur religiösen Erbauung einberufenen Versammlung ernste religiöse Vorträge ein Gelächter über Glaubenssätze erregen würde. Dagegen ist es unzulässig, Handlungen, die nur im Wege der Notwehr geübt werden können, als groben Unfug zu bestrafen, z. B. Versammlungen, solche Kundgebungen, Arbeitsniederlegungen eines Arbeitgebers wegen Ungebühr, Kontraktbruch, b. Oberamtsrath 14. 567 [Schwinge], E 16. 98 [Hannemann]. 27, 292 [Berlin]. Bezüglich des mißbräuchlichen Streikpostenstehens kommt man jetzt überein, daß es nicht als grober Unfug bestraft werden kann. Entsch. d. bayer. OLGs 122. Soweit in vorhergehenden Entscheidungen dies Verhalten als abweichend angeführt sind, entsprechen sie meist nicht mehr seiner gegenwärtigen Praxis.

Da die äußere Ruhe nicht mit dem Rechtsfrieden verwechselt werden darf, so folgt, daß im allgemeinen grober Unfug durch die Presse nicht verübt werden kann. Vergl. J. Arnst, Arch. 36. 270, Zimmerle Arch. 47. 64 ff., Goltdt. a. a. O. Immerhin aber ist es denkbar, daß Kundgebungen grob unfugliche Störung stellen, z. B. wenn sie eine Hand unter den Schutzbann des Theaters verletzen. Ferner gilt die obige Regel E 16. 98. 19. 244. für die sich Stenglein GS 56. 117 ff. entscheidet.

Darüber, daß für den groben Unfug wie der ruhestörende Lärm i. s. I. gegen das Publikum gerichtet sein muß, herrscht jetzt Übereinstimmung. Aber auch hier ist die Frage bestritten, ob es einer wirklichen Belästigung bedarf (so mit Recht Hellweg 46. v. Liszt § 140) oder ob eine Handlung genügt, die nur geeignet ist zu belästigen (so die herrschende Lehre, bes. Olsh. e. 1. E 1. 400. 5. 264). Demgegenüber fordert E 34. 364 die konkrete Möglichkeit der Belästigung in dem Sinne, daß nach Lage der konkreten Umstände die Belästigung unbestimmt dritter Personen naheliegend möglich war. Bestritten ist ferner, ob Vorsatz erforderlich ist (so mit Recht Binding, Lehrb. 191, Meyer 763, Olsh dd. v. Liszt § 190) oder ob in Ansehung auf den belästigenden Erfolg Fahrlässigkeit genügt (so E 16. 98).

XII. Zu Nr. 12. — Gewerbsmäßig eine polizeiliche Übertretung, deren näherer Thatbestand durch außerhalb des StGBs liegende, auf StG § 38 beruhende Normen geregelt wird (Blankettgesetze). Wegen des polizeilichen Gewerbes genügt Fahrlässigkeit. — Die Stelle bezieht sich nur auf gewerbsmäßige Handlungen usw. Soweit sich die landesrechtlichen Anordnungen, wie das preuß. Ges. v. 17. 3 1851, nur auf konzessionierte Handlungen usw. beziehen, wirkt diese Beschränkung natürlich auch auf das Anwendungsgebiet der vorliegenden Stelle zurück. E 8. 253. — Eine Übertretung des „bestimmten" Gewerbes enthält nicht notwendigerweise eine Übertretung des sittlichen im Sinne des § 302 a. E 23. 121. A. A. Hälschner 2. 443, der jedoch die vorliegende Stelle als lex specialis anzieht. — Vergl. StG § 145 Nr. 4 a.

XIII. Zu Nr. 13. — Die Stelle ergiebt mit voller Deutlichkeit, daß das Tier um seiner selbst willen seinen Rechtsschutz genießt, sondern daß als Schutzobjekt das menschliche Empfinden erscheint. Die Beziehung des Delikts zu menschlichen Rechtsgütern bringt das Gesetz dadurch zum Ausdrucke, daß es entweder Öffentlichkeit der Begehung oder Ärgernißerregung fordert. v. Hippel, Die Tierquälerei in der Strafgesetzgebung des In- und Auslandes (1891) 124 ff. A. A. Berner 696. Anders ist jedoch Hippel nicht beizutreten, als er die Tierquälerei als ein Sittlichkeitsdelikt betrachtet. — Über den Begriff der Öffentlichkeit i. § 110. Auf die Öffentlichkeit des Orts kommt es nicht an. — Bei nichtöffentlicher Begehung ist die Erregung des Ärgernisses Thatbestandsmerkmal. Es muß also jemand thatsächlich in seinem Empfinden verletzt werden und zwar durch unmittelbare Wahrnehmung der Handlung. A. A. OLG Darmstadt, Urt. v. 5. 6 1897 im Arch. 45, 291: es genüge ein an der Erzählung der Mißhandlung genommenes Ärgernis). Die

Digitized by Google

Handlung selbst kann entweder bestehen in einem boshaften Quälen oder einem rohen Mißhandeln. Quälen bedeutet die länger fortdauernde oder sich wiederholende Verursachung erheblicher Schmerzen oder Leiden. v. Hippel 39. Boshaft ist das Quälen dann, wenn ein vernünftiger Zweck fehlt und der Thäter sich nur durch die Lust einer Zufügung von Schmerzen bestimmen läßt. v. Hippel 39, Olsh. b. Der Begriff des Mißhandelns kann hier nicht in ganz gleichem Sinne genommen werden wie im § 223. Er bezeichnet vielmehr die Erregung erheblicher Schmerzen oder Leiden. v. Hippel 41. Roh ist die Mißhandlung dann, wenn sie Niedrigkeit der Gesinnung zum Ausdrucke bringt. Olsh. c. — Das Delikt kann nur vorsätzlich begangen werden. Der Vorsatz aber muß sich auch auf die Erregung des Ärgernisses oder auf das Moment der Öffentlichkeit beziehen. Bei der Vivisektion oder dem jüdischen Schächten wird es regelmäßig an den Erfordernissen des rohen oder boshaften Handelns fehlen.

XIV. **Zu Nr. 14.** — Mit Strafe bedroht wird nicht das Spielen, sondern das Halten des Glücksspiels. S. über diesen Begriff § 284 III. Das Bankhalten für sich allein ist kein Halten des Glücksspiels. R 2, 260. Anderseits ist nicht erforderlich, daß in der That jemand spielt. Wegen des Glücksspiels s. § 284. Das Halten aller Arten von Lotterieen und Ausspielungen fällt indessen nicht unter diese Stelle, sondern unter § 286. Vergl. das. bes. V. Unbefugt ist jedes Halten des Glücksspiels, das nicht durch die zuständige Behörde besonders erlaubt ist. Vergl. preuß. Verordnung über das Halten des Totalisators v. 30./8 1896. Über die strafrechtliche Tragweite der Erlaubnis s. § 284 III, über den Begriff des öffentlichen Weges und der öffentlichen Plätze § 116 I 1, über den des öffentlichen Versammlungsorts § 285 II. Wegen des polizeilichen Charakters des Delikts genügt als Verschulden Fahrlässigkeit. Ebenso Olsh. a, a. A. Binding, Lehrb. 407.

XV. **Zum zweiten Absatze** vergl. § 40 II 1. § 42 II 1.

§ 361.

Mit Haft wird bestraft:

1. wer, nachdem er unter Polizeiaufsicht gestellt worden ist, den in Folge derselben ihm auferlegten Beschränkungen zuwiderhandelt;
2. wer, nachdem er des Bundesgebietes oder des Gebietes eines Bundesstaats verwiesen ist, ohne Erlaubnis zurückkehrt;
3. wer als Landstreicher umherzieht;
4. wer bettelt oder Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, oder Personen, welche seiner Gewalt und Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt;
5. wer sich dem Spiel, Trunk oder Müßiggang dergestalt hingiebt, daß er in einen Zustand gerät, in welchem zu seinem Unterhalte oder zum Unterhalte derjenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, durch Vermittelung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß;
6. eine Weibsperson, welche wegen gewerbsmäßiger Unzucht einer polizeilichen Aufsicht unterstellt ist, wenn sie den in dieser Hinsicht zur Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenen polizeilichen Vorschriften zuwiderhandelt, oder

Digitized by Google

welche, ohne einer solchen Aufsicht unterstellt zu sein, gewerbsmäßig Unzucht treibt;

7. wer, wenn er aus öffentlichen Armenmitteln eine Unterstützung empfängt, sich aus Arbeitsscheu weigert, die ihm von der Behörde angewiesene, seinen Kräften angemessene Arbeit zu verrichten;
8. wer nach Verlust seines bisherigen Unterkommens binnen der ihm von der zuständigen Behörde bestimmten Frist sich kein anderweitiges Unterkommen verschafft hat und auch nicht nachweisen kann, daß er solches der von ihm angewandten Bemühungen ungeachtet nicht vermocht habe;
9. wer Kinder oder andere unter seiner Gewalt stehende Personen, welche seiner Aufsicht untergeben sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, von der Begehung von Diebstählen, sowie von der Begehung strafbarer Verletzungen der Zoll- oder Steuergesetze, oder der Gesetze zum Schutze der Forsten, der Feldfrüchte, der Jagd oder der Fischerei abzuhalten unterläßt. Die Vorschriften dieser Gesetze über die Haftbarkeit für die den Thäter treffenden Geldstrafen oder anderen Geldleistungen werden hierdurch nicht berührt;
10. wer, obschon er in der Lage ist, diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten, sich der Unterhaltungspflicht trotz der Aufforderung der zuständigen Behörde derart entzieht, daß durch Vermittelung der Behörde fremde Hilfe in Anspruch genommen werden muß.

In den Fällen der Nr. 9 und 10 kann statt der Haft auf Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark erkannt werden.

I. **Zu Nr. 1.** — Die der Polizeiaufsicht unterstellten Personen sollen zur Beachtung der ihnen gemäß § 39 Nr. 1 auferlegten Aufenthaltsbeschränkungen gezwungen werden. Es liegt also eine Polizeiübertretung vor, die auch fahrlässigerweise begangen werden kann. Immerhin aber muß der Thäter wissen, daß er unter Polizeiaufsicht steht. Olsh. b, Rotering 51. A. A. Oppenh.-Del. 7, insofern er in allen Beziehungen Vorsatz fordert. — Spezialfall in Nr. 2.

II. **Zu Nr. 2.** — Die Stelle bezieht sich auf jede Verweisung aus dem Gebiete eines Bundesstaates oder des ganzen Reichs. Vergl. § 39 Nr. 2, die Bemerkungen dazu, ferner Jesuitengesetz v. 4./6 1872 § 2 und Freizügigkeitsgesetz v. 1./11 1867 § 3 Abs. 2. — Die Frage, ob eine rechtswirksame Ausweisungsverfügung ergangen ist, unterliegt richterlicher Prüfung, namentlich auch hinsichtlich der (nach Landesrecht zu beurteilenden) Zuständigkeit der ausweisenden Behörde. E 6, 378. 12, 154. Die angeführte Stelle des Freizügigkeitsgesetzes berechtigt die Polizei nicht, jedermann bis zum Beweise seiner Reichsangehörigkeit auszuweisen. Entsch. d. hanseat. OLG's 140. Dasselbe Gericht führt a. a. O. 137 aus, daß ein Deutscher, der durch zehnjährigen Aufenthalt im Auslande die deutsche Staatsangehörigkeit verloren hat, wenn er zurückgekehrt ist und der Polizei gegenüber seine Absicht bethätigt hat, die Staatsangehörigkeit wieder zu erwerben, nicht ausgewiesen werden darf. — Aus dem gleichen Grunde und in entsprechendem Umfange wie bei Nr. 1 ist auch hier fahrlässige Begehung möglich. Mit Rücksicht auf die polizeiliche Natur des Delikts wird man mit der herrschenden Lehre auch eine Durchreise als Rückkehr a

Digitized by Google

zusehen haben. Dies um so mehr, als es dem Ausgewiesenen frei steht, sich die Erlaubnis zu einer solchen zu erbitten. Anderseits aber trifft die Stelle nicht zu, wenn jemand trotz Ausweisung das Inland nicht verlassen hat. — Die Verjährung beginnt mit der Rückkehr, nicht erst mit der Beendigung des inländischen Aufenthalts. Das Delikt ist kein Dauerdelikt. Ebenso Entsch. d. hanseat. OLG's 137. — Eingehend über die Stelle v. Schicker 31 ff.

III. **Zu Nr. 3.** — Der Begriff des Landstreichens wird vom Gesetze nicht näher bestimmt. Zweifellos gehören zu ihm folgende Momente:

1. Umherziehen von Ort zu Ort mit wechselndem Nachtquartier. Der Großstadtbettler macht sich ebensowenig der Landstreicherei schuldig wie derjenige, der allabendlich an denselben Ort zurückkehrt.
2. Umherziehen ohne legale Zwecke. Vergl. Olsh. c. Wer umherzieht in der (nicht nur vorgeblichen) Absicht, Arbeit zu suchen, ist kein Landstreicher. Wohl aber, wer zur Ausübung eines illegalen Gewerbes umherzieht. E 30, 438 (Lohnhuren).

Regelmäßig wird als weiteres Erfordernis der Mangel an Mitteln hinzugefügt. Mit Recht aber macht Rotering, Arch. 34, 128 darauf aufmerksam, daß das Wesentliche nicht in diesem negativen, sondern in dem positiven Momente des Lebens auf fremde Kosten besteht.

Demgemäß ist zu sagen: der Landstreicherei macht sich schuldig, wer ohne legalen Zweck unter Wechsel des Nachtquartiers und auf Kosten anderer lebend von Ort zu Ort wandert. — Gehört aber das Leben auf Kosten anderer zum Begriff, so kommt das während des Landstreichens begangene Betteln nicht mehr in Betracht. v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel, Landstreicherei und Arbeitsscheu (1895) 5. Nach Olsh. c soll Ideal-, nach Oppenh.-Del. 23 Realkonkurrenz vorliegen.

Das Delikt ist ein Dauerdelikt. Die Verjährung beginnt somit erst, wenn das Landstreichen aufgegeben ist, und die Verurteilung umfaßt die gesamte Landstreicherei des Angeklagten, soweit sie nicht durch ein stetiges Leben unterbrochen ist. (Ne bis in idem).

Notstand (§ 54) schließt die Strafbarkeit aus. Doch ist zu beachten, daß er nicht schon bei Mangel an Berufsarbeit begründet ist. Vergl. Rotering 53. Bezügl. der Zigeuner nimmt dieser Schriftsteller 51 und Arch. 34, 134 dauernden Notstand an. Wegen Überweisung an die Landespolizeibehörde s. § 362.

IV. **Zu Nr. 4.** — Das Betteln läßt sich im Anschlusse an den Sprachgebrauch und in wesentlicher Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre bestimmen als: die an einen Fremden wegen wirklicher oder angeblicher Bedürftigkeit gerichtete Bitte um eine in Geld oder geldwerten Sachen bestehende nicht vorher angebotene Unterstützung im Interesse des Bittenden selbst oder einer Person, für deren Unterhaltung er zu sorgen hat. Hierin liegt folgendes:

a) Wer die Wohlthätigkeit im Interesse ihm fremder Personen in Anspruch nimmt, bettelt nicht, sondern kollektiert. Vergl. Entsch. d. hanseat. OLG's 142 (die Einsammlung von Streikgeldern sei kein Betteln). v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung usw. (zitiert unter III) 10 hält ein Betteln im Interesse Fremder für möglich und erklärt das Kollektieren nur wegen mangelnder Rechtswidrigkeit für straflos. Diese Ansicht widerspricht der Auffassung des täglichen Lebens, auf die der Gesetzgeber stillschweigend verweist. Freilich trifft der Begriff des Bettelns unbedenklich zu, wenn jemand um milde Gaben für eine ihm fremde Person bittet, in deren Sold er steht. Denn in diesem Falle ist auch ein eigenes Interesse vorhanden. In der 1. Aufl. wurde verlangt, daß der Thäter die Wohlthätigkeit im eigenen Interesse oder dem

Digitized by Google

einer ihm „nahestehenden" Person in Anspruch nehme. Die jetzt gegebene, wohl bessere Formulierung ist von Olsh. a entlehnt.

b) Es muß die Wohlthätigkeit einer fremden Person angegangen werden. Genauer: der Bedürftige muß dem Angegangenen fremd sein. Die Ehefrau, die im Auftrage ihres Mannes dessen ihr unbekannten Freund um eine Unterstützung bittet, bettelt nicht. Fremd aber ist der Bedürftige, „wenn er zu dem Schenker in keinerlei näherem Verhältnis steht, welches nach verständiger Lebensauffassung das Ansprechen gerade dieser Person als wohlbegründet erscheinen läßt." So v. Hippel a. a. O. 11. Vergl. dazu Entsch. d. bayr. obersten Landesgerichts in Strafsachen 1, 141. 216. Auch durch Berufsgemeinschaft kann unter Umständen ein dem Begriffe des Bettelns entgegenstehendes näheres Verhältnis begründet werden. E 20, 434 (bezügl. des üblichen Ortsgeschenks).

c) Die Unterstützung darf nicht vorher angeboten sein. Auch ein allgemein gehaltenes Anerbieten schließt den Begriff des Bettelns aus. Wer in einer öffentlichen Wohlthätigkeitsanstalt um eine Gabe vorspricht oder sich mit der öffentlichen Armenpflege in dem gleichen Sinne ins Benehmen setzt, bettelt nicht. — Auch aus diesem Grunde kann die Bitte um ein Ortsgeschenk straflos sein.

d) Besteht die begehrte Unterstützung nicht in Geld oder geldwerten Sachen, so liegt kein Betteln vor. Z. B.: Bitte um Nachtquartier. Dieser Punkt pflegt nicht beachtet zu werden; s. aber jetzt auch Olsh. a.

e) Ebenso entfällt der Begriff des Bettelns, wenn die Gabe nicht unter ausdrücklicher oder stillschweigender Berufung auf Bedürftigkeit gefordert wird. Dadurch rechtfertigt sich die Straflosigkeit zahlreicher Volkssitten.

Vollendet ist das Betteln, sobald die Unterstützung (mündlich oder schriftlich) gefordert wird. E 6, 218. — Notstand schließt die Strafbarkeit aus. Zu beachten ist aber, daß sich der Notstand regelmäßig durch Angehen der öffentlichen Armenpflege wird beseitigen lassen.

Über das Verhältnis des Bettels zum Betrug vergl. § 263 III, über das zur Erpressung § 362 IV.

Darüber, daß an der erbettelten Sache keine Partiererei begangen werden kann, s. § 259 II 3.

Bestraft wird:

1. wer bettelt;
2. wer Kinder zum Betteln anleitet oder ausschickt, auch wenn diese thatsächlich nicht gebettelt haben. Das „Kind" braucht kein Kind des Anleitenden oder Ausschickenden zu sein, noch auch unter seiner Gewalt und Obhut zu stehen. Das kindliche Alter im Sinne des StGB's endet mit vollendetem 12. Lebensjahre. A. A. die meisten, besonders v. Hippel a. a. O. 21, nach welchem die geistige Entwicklung im Einzelfalle entscheiden soll. Diese Ansicht empfiehlt sich schon wegen ihrer Unbestimmtheit und der mit dem Delikte in keinem Verhältnisse stehenden Schwierigkeit der Feststellung nicht. Bettelt das Kind infolge der Anleitung usw. wirklich, so bestraft die herrschende Lehre den Anleitenden lediglich wegen Anstiftung, da die vorliegende Stelle nur subsidiär sei. So v. Hippel a. a. O. 22, Olsh. c. Vom Standpunkte der § 55 II vertretenen Ansicht aus würde, da man die Subsidiarität zugegeben hat, der Anleitende oder Ausschickende als mittelbarer Thäter des Bettelns aufzufassen sein;
3. wer Personen, die seiner Gewalt und Aufsicht unterworfen sind und zu seiner Hausgenossenschaft gehören, vom Betteln abzuhalten unterläßt. Wirkliches Betteln der Gewaltunterworfenen gehört zum Thatbestande. Der Gewalt und Aufsicht sind die Ehefrau und die großjährigen Kinder

Digitized by Google

nach dem BGB nicht mehr unterworfen (Olsh. d), wohl aber gemäß der Mehrzahl der Gesindeordnungen das Gesinde.

Die Delikte unter 1 und 2 können naturgemäß nur vorsätzlich begangen werden, bei dem unter 3 muß man mit der herrschenden Lehre wegen des polizeilichen Charakters Fahrlässigkeit für ausreichend erachten. Die Schuld besteht hier in der mangelnden Beaufsichtigung, dagegen ist Kenntnis vom Betteln nicht erforderlich. A. A. in letzterer Beziehung Binding, Grundriß 2, 156.

Wegen Überweisung an die Landespolizeibehörde s. § 362.

V. Zu Nr. 5. — Unter Strafe gestellt wird die Herbeiführung eines unterstützungsbedürftigen Zustandes mittels Spiels, Trunks oder Müßiggangs. Nur vorübergehendes Spielen, Trinken oder Müßiggehen genügt nicht. Vielmehr fordert das Gesetz ein „Sichhingeben", also einen längeren Zustand des gewohnheitsmäßigen Spielens usw. Wegen des polizeilichen Charakters des Delikts genügt hinsichtlich seiner Herbeiführung Fahrlässigkeit. Die allgemeinen Regeln über den Kausalzusammenhang (§ 1 III. IV) gelten auch hier. Demnach steht der Umstand, daß noch besondere Unglücksfälle, wie Krankheit, mitwirksam sind, dem Kausalzusammenhange nicht entgegen. Immer aber muß den Thäter insofern ein Verschulden treffen, als von ihm erwartet werden durfte, daß er sich auf den Eintritt von Unglücksfällen einrichte. Vergl. Rotering 57. Der reiche Müßiggänger, den ein unvorhergesehener Bankerott seines Bankiers an den Bettelstab bringt, kann nicht bestraft werden, selbst wenn er bei früherem Fleiße noch ausreichendes Vermögen haben würde. — Ob die Unterstützungsbedürftigkeit in der eigenen Person eintritt oder in der Person desjenigen, zu dessen Unterhalt der Thäter verpflichtet ist, ist gleichgiltig. Dagegen ist wirkliche Inanspruchnahme fremder Hilfe durch Vermittlung der Behörde Bedingung der Strafbarkeit. — Die Verjährung beginnt nach § 67 Abs. 4 nicht erst mit dem Eintritte des unterstützungsbedürftigen Zustandes, sondern schon in dem Augenblicke, da der Thäter wirklich von dem Spiele usw. Abstand genommen hat.

Wegen Überweisung an die Landespolizeibehörde s. § 362.

VI. Zu Nr. 6. — Die jetzige Fassung der Stelle beruht auf der Novelle v. 26./2 1876. — Unter Unzucht ist mit der herrschenden Lehre die Ausübung des Beischlafs mit Inbegriff des widernatürlichen zu verstehen. Über den Begriff der Gewerbsmäßigkeit vergl. § 74 V 5a. In dem Wesen der gewerbsmäßigen Unzucht liegt aber weiter, daß die Vollziehung des Beischlafs mit individuell unbestimmten Personen ins Auge gefaßt wurde. Olsh. a, RG i. Arch. 47, 441. Die einzelnen unter Strafe gestellten Handlungen sind folgende:

1. Übertretung der polizeilichen Kontrolvorschriften durch eine wegen gewerbsmäßiger Unzucht unter polizeiliche Kontrole gestellte Weibsperson. Sobald die Weibsperson der Kontrole unterstellt, „eingeschrieben" ist, ist die Ausübung der gewerbsmäßigen Unzucht an sich straflos. Mit E 11, 286 wird aber die Stelle so auszulegen sein, daß die Unterwerfung unter die polizeiliche Kontrole die Weibsperson nur insoweit von der Strafe befreit, als sie die gewerbsmäßige Unzucht im Bezirke der „einschreibenden" Polizeibehörde ausübt. Die Frage, ob zwangsweise „Einschreibung" zulässig sei, ist in Preußen bestritten. Die herrschende Lehre bejaht. Dagegen besonders Schmölder, Die Bestrafung und polizeiliche Behandlung der gewerbsmäßigen Unzucht (1892). Strafbar macht sich die Weibsperson erst durch Übertretung der polizeilichen Vorschriften. Der Inhalt derselben wird von der Polizei frei bestimmt; nur müssen sie Sicherung der Gesundheit, der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes bezwecken. Lediglich individuell gegebene Vorschriften genügen. Olsh. b. A. A. Rotering 58. Fahrlässige Übertretung der Vorschriften reicht zur Bestrafung aus, doch muß die Weibsperson wissen, daß sie der Kontrole unterstellt ist.

Digitized by Google

2. Ausübung gewerbsmäßiger Unzucht durch eine Weibsperson, die einer polizeilichen Kontrole nicht unterstellt ist. In diesem Falle liegt ein Kollektivdelikt vor. Vergl. § 74 V 5a.

Wegen Überweisung an die Landespolizeibehörde s. § 362.

VII. Zu Nr. 7. — Eine Polizeiübertretung. Daher genügt Fahrlässigkeit, sofern der Betreffende nur weiß, daß er aus öffentlichen Armenmitteln Unterstützung empfängt. Denkbar ist Fahrlässigkeit nicht nur, wie Olsh. d annimmt, wenn der Unterstützte die Ausführung der Arbeit unabsichtlich versäumt, sondern auch bei schuldhaftem Irrtume über die Zuständigkeit der Behörde oder über die erfolgte Anweisung. Abweichend soll nach v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung usw. 26, das Delikt Vorsatz erfordern. Stets aber gehört zum subjektiven Thatbestand als Motiv die Arbeitsscheu.

Wegen Überweisung an die Landespolizeibehörde s. § 362.

VIII. Zu Nr. 8. — Unterkommen ist gleichbedeutend mit „Wohnung", „Obdach". Die meisten (s. bes. v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung usw. 27) nehmen an, daß Unterkommen die zum Lebensunterhalt erforderlichen Mittel bedeute. Mit dem gemeinen Sprachgebrauche ist dies jedoch nicht vereinbar. Auch das von v. Hippel a. a. O. 27 herangezogene preuß. Ges. v. 6./1 1843 ist nicht beweiskräftig. Im Ergebnis übereinstimmend v. Liszt § 190, Olsh. b., Rotering 60. — Die Anwendung des Gesetzes fordert:

1. Verlust des bisherigen Unterkommens;
2. darauf ergangene Aufforderung der zuständigen Behörde, sich binnen bestimmter Frist ein neues zu verschaffen. Welche Behörde zuständig ist, bemißt sich nach Landesrecht; im Gebiete des preuß. Ges. v. 11./3 1850 wird die Ortspolizeibehörde für zuständig erachtet. Darüber, ob die Frist sachgemäß ist, steht dem Gerichte keine Entscheidung zu;
3. Mangel eines Unterkommens trotz Ablaufs der bestimmten Frist. Durch Wechsel des Aufenthalts kann man sich der Verpflichtung, für sein Unterkommen zu sorgen, nicht entziehen. Entsch. d. hanseat. OLG's 146.
4. Verschulden hinsichtlich des mangelnden Unterkommens. Der Nachweis des Verschuldens braucht dem Angeklagten nicht geführt zu werden, vielmehr ist auch bei zweifelhaftem Ergebnisse Verurteilung geboten. Die materielle Beweislast trifft also den Angeklagten. Darüber, ob ihn auch die formelle trifft, d. h. ob der Richter nur die von dem Angeklagten angetretenen Beweise erheben darf, s. Olsh. c., Benn.-Bel. 331, Oppenh.-Del. 58, v. Hippel a. a. O. 30, Rüd.-Stengl. 15. Da eine Ausnahme von allgemeinen Grundsätzen (StPO § 153 Abs. 2) nicht in weiterem Umfange zugelassen werden darf als das Gesetz zweifellos gebietet, so ist die Auferlegung einer formellen Beweislast gegen Olsh. zu verneinen.

Wegen Überweisung an die Landespolizeibehörde s. § 362.

IX. Zu Nr. 9. — Eingefügt durch die Novelle v. 26./2 1876. Vergl. dazu oben IV 3.

X. Zu Nr. 10.— Eingefügt durch Ges. v. 12./3 1894 als Ergänzung zu § 361 Nr. 5. Der Ausdruck „entziehen" wurde gewählt, um nur ein vorsätzliches Verhalten zu treffen. v. Hippel a. a. O. 32, Seuffert, Ztschr. 15, 813. Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein der Unterhaltungspflicht. Eine solche besteht namentlich auch gegenüber unehelichen Kindern. Auch genügt eine vertragsmäßig übernommene. Entsch. d. hanseat. OLG's 147. Ferner gehört zum Vorsatz die Kenntnis der Aufforderung der zuständigen Behörde, sowie das Bewußtsein, zur Erfüllung der Unterhaltungspflicht in der Lage zu sein. Ist aus besonderen Gründen der Unterhalt in Geld zu leisten, der entsprechende Betrag aber noch nicht festgestellt, so verneint OLG Darmstadt, Arch. 48, 372 den Begriff des Entziehens. — Wegen der „zuständigen" Behörde s. o. VIII. 2. — Die Inanspruchnahme fremder Hilfe ist lediglich Bedingung der Strafbarkeit. So v. Hippel a. a. O.

Digitized by Google

§ 362.

Die nach Vorschrift des § 361 Nr. 3 bis 8 Verurteilten können zu Arbeiten, welche ihren Fähigkeiten und Verhältnissen angemessen sind, innerhalb und, sofern sie von anderen freien Arbeitern getrennt gehalten werden, auch außerhalb der Strafanstalt angehalten werden.

Bei der Verurteilung zur Haft kann zugleich erkannt werden, daß die verurteilte Person nach verbüßter Strafe der Landespolizeibehörde zu überweisen sei. Im Falle des § 361 Nr. 4 ist dieses jedoch nur dann zulässig, wenn der Verurteilte in den letzten drei Jahren wegen dieser Übertretung mehrmals rechtskräftig verurteilt worden ist, oder wenn derselbe unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt hat.

Durch die Überweisung erhält die Landespolizeibehörde die Befugnis, die verurteilte Person bis zu zwei Jahren entweder in ein Arbeitshaus unterzubringen oder zu gemeinnützigen Arbeiten zu verwenden. Im Falle des § 361 Nr. 6 kann die Landespolizeibehörde die verurteilte Person statt in ein Arbeitshaus in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder in ein Asyl unterbringen; die Unterbringung in ein Arbeitshaus ist unzulässig, falls die verurteilte Person zur Zeit der Verurteilung das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

Ist gegen einen Ausländer auf Überweisung an die Landespolizeibehörde erkannt, so kann neben oder an Stelle der Unterbringung Verweisung aus dem Bundesgebiet eintreten.

I. Die geltende Fassung der Stelle beruht auf Ges. v. 25./6 1900.

II. Während nach § 18 die Haft grundsätzlich in einfacher Freiheitsentziehung besteht, *kann* sie in den hierher gehörigen Fällen mit Arbeitszwang verbunden werden.

III. Der zweite Absatz behandelt die **Überweisung an die Landespolizeibehörde, auch Nachhaft** genannt. Der Charakter dieser Maßregel ist sehr bestritten. Als rein polizeiliche Maßregel wird sie namentlich von Berner 226, Beling, Krit. Vierteljahrsschr. N. F. 5, 90, Rotering 62 und Binding, Grundriß 1, 217 angesehen. Nach der herrschenden Lehre und dem RG (E 7, 431, Arch. 48, 356) dagegen ist sie eine Nebenstrafe. So auch v. Hippel, Die korrektionelle Nachhaft (1889) 97 ff. und v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung von Bettel usw. (1895) 52 ff. Gegen die herrschende Lehre fällt zunächst der Wortlaut des Gesetzes ins Gewicht. Denn der zweite Absatz stellt Strafe und Nachhaft in einen scharfen Gegensatz. Mit dem gleichen Rechte, mit dem man § 231 Abs. 2 gegen den Strafcharakter der Buße in Anspruch nimmt, ist die vorliegende Stelle gegen den der Nachhaft zu verwerten. Aber auch innere Gründe sprechen gegen die herrschende Lehre. Denn wenn in der That die Nachhaft als Strafe anzusehen wäre, so fiele es nicht nur auf, daß sie gerade durch die Polizeibehörde vollstreckt, sondern auch, daß die Vollstreckung in deren freies Ermessen gestellt wird. Endlich: das StGB steht zweifellos auf dem Boden der absoluten Theorieen, insofern es das Strafmaß nach der Schwere der Delikte abstuft. Mit Rücksicht auf die geringe Bedeutung des *Delikts* als solchen wird die kurze *Haftstrafe* angeordnet, mit Rücksicht auf die Verwahrlosung des *Thäters* die lange Nachhaft zugelassen. Ihre Trennung von der Vorhaft hat eben gerade den Sinn, daß sie keine Strafe sein soll. Es handelt sich um ein Kompromiß zwischen den absoluten und den relativen Theorieen;

Digitized by Google

das Kompromiß ist derart geschlossen worden, daß die Strafe im Sinne der ersteren, die polizeiliche Maßregel im Sinne der letzteren bestimmt wird.

Ist somit an der polizeilichen Natur der Nachhaft festzuhalten, so folgt, daß sie auch dann verhängt werden kann, wenn ein schwereres Delikt konkurriert. Vergl. § 73 VI 2. Dagegen zieht RG, Arch. 48, 356 vom Standpunkte der hier bekämpften Ansicht aus für den Fall der Idealkonkurrenz zwischen §§ 180. 361 Nr. 6 die entgegengesetzte Folgerung.

Was den gnadenweisen Erlaß der Nachhaft betrifft, so sieht ihn die herrschende Lehre selbstverständlich ohne weiteres als zulässig an. Vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung aus muß stets geprüft werden, ob und inwieweit das betr. Staatsrecht eine Beeinflussung der Landespolizeibehörden durch das Subjekt der Gnadengewalt zuläßt. Es fragt sich aber weiter, welchen Einfluß der gnadenweise Erlaß der Vorhaft oder deren Umwandlung in Geldstrafe auf die Zulässigkeit der Nachhaft hat. Die Antwort ist entsprechend dem Wortlaute des Gesetzes (Abs. 2: „nach verbüßter Strafe") dahin zu geben, daß in dem unterstellten Falle die Nachhaft unzulässig ist. Ebenso v. Hippel a. a. O. 68. Wenn Binding 1, 874, dem sich Olsh. 2 anschließt, eine analoge Anwendung des § 38 Abs. 3 zulassen will, so übersieht er, daß es sich hier nicht um die Berechnung einer Frist, sondern um die Zulässigkeit einer Maßregel handelt. Man wird sogar im Hinblick auf § 245 mit Rubo 3 zu behaupten haben, daß selbst ein teilweiser Erlaß der Vorhaft die Nachhaft unzulässig macht.

Wegen der Verjährung der Nachhaft s. § 70 III 2 und unten VII 1.

IV. **Zulässig** ist die Überweisung an die Polizeibehörde in den Fällen des § 361 Nr. 3 bis 8, sowie des § 181a. Erfolgt die Verurteilung auf Grund des § 361 Nr. 4, so ist die Überweisung von der Rückfälligkeit des Thäters oder davon abhängig, daß er unter Drohungen oder mit Waffen gebettelt hat. Die Rückfälligkeit erfährt insofern eine eigentümliche Behandlung, als eine Verbüßung der Vorstrafen nicht verlangt wird, sondern die mehrmalige (d. h. mindestens zweimalige) rechtskräftige Verurteilung genügt. Der Umstand, daß bereits eines der Vorurteile die Überweisung ausgesprochen hat, steht der erneuten Überweisung nicht entgegen. E 7, 431, RG, Arch. 47, 149. Inländische Vorverurteilung wird mit der herrschenden Lehre zu fordern sein. Das Betteln unter Drohungen (aber nicht das mit Waffen) stellt einen Spezialfall der Erpressung dar, sodaß Idealkonkurrenz ausgeschlossen ist und nur die vorliegende Stelle Anwendung findet. Ebenso Olsh. 3b. Dagegen läßt E 32, 46 schlechthin Idealkonkurrenz zu, während Binding, Lehrb. 375 lediglich wegen Erpressung bestrafen will. Unter Drohungen wird auch dann gebettelt, wenn die Drohung in unmittelbarem Zusammenhange mit der Bettelansprache ergeht, also auch nach erfolgter Abweisung. E 35, 343. — Über den Begriff der Waffe s. § 243 VI. Man wird hier ein sichtbares Tragen verlangen müssen. Ebenso Oppenh.-Del. 11. A. A. Olsh. 3b.

V. Ob die Polizeibehörde von der durch gerichtliches Urteil ausgesprochenen Überweisung Gebrauch machen will, steht in ihrem Ermessen. Die Entscheidung kommt der **Landespolizeibehörde** zu. Der Begriff ist derselbe wie der der höheren Landespolizeibehörde im § 38. S. das. III. Nach v. Hippel, Die strafrechtliche Bekämpfung usw. 74 ff. fungieren als Landespolizeibehörden in Preußen die Regierungen, in Bayern die Distriktspolizeibehörden, in Sachsen die Kreishauptmannschaften, in Württemberg die Kreisregierungen, in Hessen die Kreisämter, in Elsaß-Lothringen die Bezirkspräsidenten.

Maßgebend für die Zuständigkeit soll nach einem Bundesratsbeschlusse vom 16./6 1872 der Ort der Verurteilung sein.

VI. **Zeit der Beschlußfassung.** — Die Zeit, innerhalb deren die Landespolizeibehörde sich schlüssig zu machen hat, wird vom Gesetze nicht näher bestimmt. Thunlichste Be-

Digitized by Google

schleunigung wird in einzelnen Staaten ausdrücklich verlangt, in andern als selbstverständlich angesehen. v. Hippel a. a. O. 79. Ob die vielfach übliche polizeiliche Sicherungshaft zwischen der Entlassung aus der Strafhaft einerseits und der Beschlußfassung der Polizeibehörde anderseits zulässig sei, ist sehr bedenklich und jedenfalls dann zu verneinen, wenn es an partikularrechtlicher Ermächtigung fehlt. S. v. Hippel a. a. O. 80 ff.

VII. **Inhalt des polizeilichen Beschlusses.** — Seinem Inhalte nach kann der Beschluß der Landespolizeibehörde lauten:

1. auf Unterbringung der verurteilten Person in ein Arbeitshaus auf die Dauer von höchstens zwei Jahren, jedoch nicht gegen Personen, die zur Zeit der Verurteilung das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hatten. Eine nähere Bestimmung der Dauer braucht nicht zu erfolgen, auch kann der Beschluß nachträglich geändert werden (indeterminate sentence). Die herrschende Lehre versteht das Gesetz so, als müsse spätestens zwei Jahre nach Ablauf der Strafhaft die Internierung ihr Ende erreichen. Der Wortlaut gebietet diese Auslegung keineswegs. Vergl. v. Hippel a. a. O. 92 ff. Doch sind in ihrem Sinne ergangene Verfügungen der vorgesetzten Behörden für die niederen bindend (so Preußen, Bayern, Württemberg und Baden; v. Hippel 86 ff.);
2. auf Verwendung der verurteilten Person zu gemeinnützigen Arbeiten. Dauer wie zu 1;
3. im Falle des § 361 Nr. 6 auf Unterbringung in eine Besserungs- oder Erziehungsanstalt oder in ein Asyl. Dauer wie zu 1;
4. auf Ausweisung aus dem Bundesgebiete, sofern der Verurteilte ein Ausländer ist. Diese Ausweisung hat dieselbe Eigentümlichkeit wie die bei Polizeiaufsicht stattfindende. Vergl. § 39 V zu Nr. 2. Ob sie auf länger als zwei Jahre angeordnet werden darf, ist bestritten. Bejahend das § 39 V zu Nr. 2 zitierte Ausschreiben des Reichskanzleramts, Olsh. 5, v. Hippel a. a. O. 175, Rüd.-Stengl. 3. Verneinend Hälschner 1, 630, Oppenh.-Del. 15. Die erstere Ansicht wird im Rechte sein. Übrigens besteht darüber kein Zweifel, daß die Landespolizeibehörde aus dem Gebiete ihres Staates dauernd ausweisen darf. Endlich kann
5. die Landespolizeibehörde beschließen, der Überweisung keine Folge zu geben.

§ 363.

Wer, um Behörden oder Privatpersonen zum Zwecke seines besseren Fortkommens oder des besseren Fortkommens eines Anderen zu täuschen, Pässe, Militärabschiede, Wanderbücher oder sonstige Legitimationspapiere, Dienst- oder Arbeitsbücher oder sonstige auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse, sowie Führungs- oder Fähigkeitszeugnisse falsch anfertigt oder verfälscht, oder wissentlich von einer solchen falschen oder verfälschten Urkunde Gebrauch macht, wird mit Haft oder mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark bestraft.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher zu demselben Zwecke von solchen für einen Anderen ausgestellten echten Urkunden, als ob sie für ihn ausgestellt seien, Gebrauch macht, oder welcher solche für ihn ausgestellte Urkunden einem Andern zu dem gedachten Zwecke überläßt.

Digitized by Google

I. Der erste Absatz enthält einen minder strafbaren Spezialfall der Urkundenfälschung. Die Spezialität setzt sowohl eine eigentümliche Beschaffenheit des Objektes als auch des Vorsatzes voraus.

1. Die Objekte können sein:

a) Legitimationspapiere, insbesondere Pässe, Militärabschiede und Wanderbücher. Allen Legitimationspapieren ist amtliche Ausstellung gemeinsam (E 12, 353), sie fallen mithin unter den Begriff der öffentlichen Urkunden. Ferner gehört zum Begriffe, daß sie dem Nachweise der Identität oder der persönlichen Verhältnisse dienen sollen. „Ein Legitimationsschein im Sinne eines Erlaubnisscheins ist kein Legitimationspapier." So Binding, Grundriß 3, 235 und sachlich übereinstimmend überhaupt die herrschende Lehre. Dagegen nimmt P. Merkel, Die Urkunde (1902) 448. 449 an, zu den Legitimationspapieren gehörten auch solche Urkunden, die zum Nachweise des Verhältnisses einer Person zu einer Sache dienen; von diesem Standpunkte aus hält er auch privatim ausgestellte für genügend. Doch wird nicht recht verständlich, wie man derartige Papiere zum Zwecke des bessern Fortkommens in dem unter 2 erläuterten Sinne sollte verwenden können. E 20, 231, ein Urteil, auf das sich Merkel beruft, spricht kaum für ihn. Mit Recht zählt daher RG, Arch. 37, 436 den auf Grund des Vereinszollgesetzes ausgestellten Legitimationsschein nicht hierher;

b) auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende Zeugnisse, namentlich Dienst- oder Arbeitsbücher. — Im Wesen jedes Zeugnisses liegt, daß es höchst persönliche Leistungen, Fähigkeiten, Verhältnisse einer andern Person als des Ausstellers bekundet. Ebenso P. Merkel a. a. O. 449. Deshalb ist z. B. die Erklärung des Vaters, durch die das Kind zum Eintritte in ein Dienstverhältnis ermächtigt wird, nicht hierher zu rechnen. E 21, 56. Die herrschende Lehre (E 23, 335. 24, 348) nimmt an, daß Urkunden, in welchen konkrete Rechtsverhältnisse bescheinigt werden, keine Zeugnisse im Sinne der vorliegenden Stelle seien, und rechnet deshalb die auf Grund des Invalidenversicherungsgesetzes ausgestellten Quittungskarten nicht hierher. Vergl. bes. Hilse, GS 53, 39 ff. Dagegen sind P. Merkel a. a. O. 450 und OLG Rostock, Arch. 41, 151 der Ansicht, daß derartige Urkunden unter die vorliegende Stelle fallen, sofern der Gebrauch nicht auf Geltendmachung des beurkundeten Rechtes, sondern nur auf das bessere Fortkommen im allgemeinen gerichtet sei;

c) andere (d. h. nicht auf Grund besonderer Vorschriften auszustellende) Zeugnisse, jedoch nur dann, wenn sie Führungs- oder Fähigkeitszeugnisse sind.

2. Der Vorsatz (= rechtswidrige Absicht im Sinne des § 267) muß darauf gerichtet sein, Behörden oder Privatpersonen zum Zwecke des besseren Fortkommens der eigenen oder einer andern Person zu täuschen. Zum Zwecke des besseren Fortkommens gehört, wie bes. Olsh. 6 hervorhebt, etwas positives und etwas negatives. In positiver Beziehung muß die Absicht des Thäters darauf gerichtet sein, für sich oder einen andern günstigere wirtschaftliche Existenzbedingungen, namentlich durch Verschaffung oder Verbesserung von Einnahmequellen (Binding, Grundriß 3, 236), zu erlangen, in negativer Beziehung darf die Absicht des Thäters nicht auf die Verletzung eines fremden Rechts gerichtet sein. Deshalb findet die vorliegende Stelle z. B. Anwendung: bei Fälschung von Arbeitsbüchern zwecks Erlangung ortsüblicher Geschenke (E 8, 37); bei Fälschung von Geburts- oder Taufzeugnissen zwecks früherer Einstellung in den Militärdienst (E 12, 385); bei Fälschung eines Beschäftigungszeugnisses behufs Zulassung zu einer Prüfung (E 10, 162). Ferner gehören hierher Fälschungen zum Zwecke der Erfüllung

Digitized by Google

polizeilicher Kontrollvorschriften (E 26, 83). Dagegen ist die Anwendung des § 363 ausgeschlossen, wenn die Fälschung erfolgt zum Zweck der Erlangung eines pekuniären Vorteils, auf den bei Echtheit des Zeugnisses ein Rechtsanspruch bestände; z. B. Fälschung eines Zeugnisses, zur Erlangung der Altersrente (E 22, 225). Desgleichen hat R 10, 333 mit Recht ausgesprochen, daß gemeine Urkundenfälschung vorliege, wenn die Absicht des Thäters darauf gerichtet war, sich durch Fälschung des Jagdscheins der ihm drohenden Strafe wegen einer Jagdpolizeikontravention zu entziehen.

Bedenklich ist es dagegen, wenn E 27, 56 die Fälschung eines Zivilversorgungsscheines in der Absicht sich eine Anstellung zu verschaffen, auf die nur wirklich zivilversorgungsberechtigte Personen einen Anspruch haben, für gemeine Urkundenfälschung erklärt, weil das Recht der letzteren Personen verletzt werde. Noch bedenklicher ist es, wenn Oppenh.-Del. 1 ganz allgemein behauptet, es liege gemeine Urkundenfälschung vor, sofern ein Zeugnis gefälscht wird, um eine Stellung zu erlangen, die nur nach Erfüllung der im Zeugnisse bekundeten Vorbedingungen erlangt werden kann.

In mehreren Urteilen des RG's und bei Olsh. 6 findet sich die Wendung, daß der Zweck des Thäters die unbestimmte, allgemeine Absicht des Thäters erfordere, sich günstigere Chancen für sein Fortkommen zu verschaffen. Das ist in dieser Fassung bedenklich. Hat der Thäter einen ganz bestimmten Zweck im Auge, so wird man um seiner Bestimmtheit willen die Anwendbarkeit der vorliegenden Stelle nicht ausschließen dürfen. Gegen das RG auch Binding, Grundriß 3, 236. Übrigens lehnt das RG selbst in E 26, 83 die bekämpfte Auffassung ab, indem es § 363 auf einen Fall anwendet, bei dem es dem Thäter um die Erlangung einer ganz bestimmten Schankkonzession zu thun war.

Die **Handlung** entspricht der der gemeinen Urkundenfälschung, mit dem Unterschiede jedoch, daß ein Gebrauchmachen von der fälschlich angefertigten oder verfälschten Urkunde nicht zum Thatbestande gehört. Vergl. noch § 274 I 2a.

Wie im § 270 das Gebrauchmachen von einer fälschlich angefertigten oder verfälschten Urkunde der Fälschung gleichgestellt ist, so auch hier.

Idealkonkurrenz mit gemeiner Urkundenfälschung ist, weil es sich um einen Spezialfall handelt, nicht möglich. Dasselbe gilt im Verhältnisse zu § 277. Vergl. das. I. Mit Recht bestreitet aber Olsh. 6 gegen E 23, 42 auch die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz mit Betrug. Denn wenn es für die Fälle des § 363 charakteristisch ist, daß sich die Handlung nicht gegen das Recht eines andern wendet, Objekt des Betrugs aber das Vermögen einer andern Person ist, so können beide Delikte unmöglich in derselben Handlung zusammentreffen.

II. **Zum zweiten Absatze.** — Die beiden hier behandelten Delikte haben mit der Urkundenfälschung nichts zu thun, betreffen vielmehr den Mißbrauch einer echten Urkunde der im ersten Absatze bezeichneten Art. Der Mißbrauch kann bestehen:

1. darin, daß der Thäter von einer für einen andern ausgestellten Urkunde Gebrauch macht, als wäre sie für ihn ausgestellt. Wer ein für ihn persönlich, aber unter falschem Namen ausgestelltes Zeugnis benutzt, kann auf Grund dieser Stelle nicht bestraft werden. E 10, 262;
2. darin, daß der Thäter eine für ihn ausgestellte Urkunde einem andern zu dem im ersten Absatze bezeichneten Zwecke überläßt. Es wird also eine an sich straflose Beihilfehandlung zum delictum sui gen. erhoben. Spezialfall GO § 148 Nr. 5 Vorsatz ist in beiden Fällen erforderlich.

§ 364.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark wird bestraft, wer wissentlich schon einmal verwendetes Stempelpapier nach gänzlicher oder

Digitized by Google

teilweiser Entfernung der darauf gesetzten Schriftzeichen, oder schon einmal verwendete Stempelmarken, Stempelblankette oder ausgeschnittene oder sonst abgetrennte Stempelabdrücke der im § 276 bezeichneten Art veräußert oder feilhält.

Gleiche Strafe trifft denjenigen, welcher wissentlich schon einmal verwendete Post- oder Telegraphenwertzeichen nach gänzlicher oder teilweiser Entfernung des Entwertungszeichens veräußert oder feilhält.

Die Stelle dient zur Ergänzung des § 276. Der zweite Absatz ist durch Ges. v. 13./5 1891 eingefügt worden. Vorsatz ist, wie sich aus dem Worte „wissentlich" ergiebt, überall erforderlich.

§ 365.

Wer in einer Schankstube oder an einem öffentlichen Vergnügungsorte über die gebotene Polizeistunde hinaus verweilt, ungeachtet der Wirt, sein Vertreter oder ein Polizeibeamter ihn zum Fortgehen aufgefordert hat, wird mit Geldstrafe bis zu funfzehn Mark bestraft.

Der Wirt, welcher das Verweilen seiner Gäste über die gebotene Polizeistunde hinaus duldet, wird mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen bestraft.

I. **Allgemeine Bedeutung der Stelle.** — Die Frage, ob überhaupt eine Polizeistunde gelten und auf welche Lokalitäten sie sich erstrecken soll, beurteilt sich nach Landesrecht und wird zumeist auf dem Wege der Polizeiverordnung des näheren geregelt. Dagegen ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Übertretung einer etwa festgesetzten Polizeistunde bestraft werden kann, nach der vorliegenden Stelle und nur nach ihr zu beurteilen. In dieser Beziehung bleibt weder für das Polizeiverordnungs-, noch für irgend ein anderes Partikularrecht Raum. Vergl. namentlich Rotering 66. Demgemäß wurde z. B. Art. 220 des hessischen Polizeistrafgesetzes bei Einführung des RStGB's für aufgehoben erachtet (vergl. hessisches Gesetz v. 10./10 1874 Art. 3 Nr. 14), und nur sehr mit Unrecht könnte diese Bestimmung in den ehemals hessischen, aber 1866 an Preußen abgetretenen Landesteilen noch angewendet werden.

II. **Zum ersten Absatze.** — Der erste Absatz richtet sich gegen solche Personen, die sich in einer Schankstube oder in einem öffentlichen Vergnügungsorte über die gebotene Polizeistunde hinaus trotz Aufforderung zum Weggehen aufhalten.

1. Unter Schankstube versteht man einen allgemein zugänglichen geschlossenen Raum, in welchem gewerbsmäßig geistige Getränke zum Genuß an Ort und Stelle verabfolgt werden. Die Räumlichkeiten einer geschlossenen Gesellschaft fallen nicht unter diesen Begriff. Die Schankstube hört auf, eine solche zu sein, wenn und solange sie einer geschlossenen Gesellschaft ausschließlich zur Verfügung gestellt ist; dies selbst dann, wenn der der geschlossenen Gesellschaft überlassene Raum mit den übrigen Wirtslokalitäten in offener Verbindung steht. Die Streitfrage, ob in der That gerade geistige Getränke verabreicht werden müssen (so Oppenh.-Del. 2) oder ob auch andere genügen (so Berner 708, Olsh. 2, Entsch. d. hanseat. OLG's 148), ist praktisch ohne größere Bedeutung, da event. meist der Begriff des öffentlichen Vergnügungsortes (s. u. 2) zutreffen wird. — Anderseits ist es unerheblich, welches Publikum in der Schankstube verkehrt. — Die Frage

Digitized by Google

ob auch die Restaurationsräume der Bahnhöfe zu den Schankstuben gehören, ist bestritten, aber zu bejahen. Damit ist indessen noch nicht unbedingt behauptet, daß sie dem Rechte der Polizeistunde unterworfen seien. Ob dies zutrifft, bemißt sich zunächst nach Landesrecht, namentlich auch nach dem Wortlaute der speziell die Polizeistunde anordnenden Bestimmung. Beim Mangel sonstiger Anhaltspunkte wird zu unterscheiden sein, ob sich im Bahnhofe neben den Restaurationsräumlichkeiten noch andere zum Aufenthalte für das reisende Publikum geeignete und ihm zugängliche Lokalitäten befinden oder nicht. Im ersteren Falle besteht kein Grund, den Bahnhofrestaurationen einen Vorzug einzuräumen, wohl aber im zweiten. Vergl. die verschiedenen Ansichten bei Olsh. 2, Oppenh.-Del. 3, Rüd.-Stengl. 2. Das Kammergericht (Arch. **39**, 353) nimmt mit der überwiegenden Ansicht (vergl. Olsh. 2) an, daß die Polizeistunde nur gegenüber dem nichtreisenden Publikum gelte.

2. Der Begriff des öffentlichen Vergnügungsortes fordert, daß „irgendwelche, wenn auch nur temporäre Herrichtungen zum Vergnügen seiner Besucher" vorhanden sind. So Olsh. 2. Es genügt aber auch die Annehmlichkeit des Aufenthaltes in freier Luft. Der Ton ist mithin darauf zu legen, daß einerseits der Ort für jedermann zugänglich sein muß, anderseits kein geschlossener zu sein braucht. Die herrschende Lehre erklärt es für gleichgiltig, ob Erfrischungen an dem Orte geboten werden oder nicht. Olsh. 2. Oppenh.-Del. 5. Dem kann indessen nicht beigetreten werden. Denn wie die Erwähnung des Wirtes ergiebt, hat das Gesetz nur solche Orte im Auge, in denen irgend welche Speisen oder Getränke gewerbsmäßig zum Genuß an Ort und Stelle geboten werden. Geistiger Art brauchen die Getränke allerdings nicht zu sein.
3. Die Handlung besteht in dem Verweilen in der Schankstube oder dem Vergnügungslokale über die gebotene Polizeistunde hinaus trotz gehöriger Aufforderung zum Weggehen. Der Ausdruck verweilen ist nicht schlechthin gleichbedeutend mit „sich aufhalten", bezeichnet vielmehr ein längeres Verbleiben. Ein modicum tempus, wie es den Umständen entspricht, muß dem Gaste gelassen werden. A. A. Olsh. 5 a. E., v. Schicker 57 und ein dort zit. Urt. d. OLG's München v. 1./10 1896, insofern der Wirt für strafbar erachtet wird, wenn er Zeit zum Austrinken gewährt. — Die Aufforderung zum Weggehen muß sich an die Gäste richten und entweder durch den Wirt oder seinen Vertreter oder durch einen Polizeibeamten erfolgen. Daß der letztere sich legitimiere, ist mit Rotering 65 und Olsh. 6 zu verlangen. In bestimmte Worte braucht sich die Aufforderung nicht zu kleiden. Es genügt, wenn sie verständlich ist. Daher kann man nicht mit Rüd.-Stengl. 4 und den dort zitierten Entscheidungen die Erklärung, „es sei Polizeistunde", schlechthin für ungenügend ansehen. Das OLG Braunschweig (Arch. **43**, 61) hat denn auch die Erklärung „es sei Feierabend", für ausreichend erachtet Ebenso Olsh. 6.
4. Wegen des polizeilichen Charakters des Delikts genügt Fahrlässigkeit. Ebenso Olsh. 7, Oppenh.-Del. 8a. A. A. Rüd.-Stengl. 8. Denkbar ist Fahrlässigkeit namentlich in der Art, daß der Gast die Aufforderung zum Weggehen überhört oder vergißt.
5. Thäter kann nach dem Wortlaute des Gesetzes jeder sein. Es ist aber zunächst selbstverständlich, daß der Wirt mit seinen Angehörigen und seinem Personal ausgenommen ist. Aus dem Zwecke des Gesetzes folgt ferner, wie allgemein zugegeben wird, eine Ausnahme zu Gunsten der Privatgäste des Wirtes und der Logiergäste. Wegen der geschlossenen Gesellschaft s. o. 1.

III. Das Delikt des **zweiten Absatzes** kann sowohl Begehungs- wie Unterlassungsdelikt sein. Ersteres ist es dann, wenn der Wirt die Gäste zum Verweilen auffordert, letzteres, wenn er nicht alles thut, um sie zum Weggehen zu veranlassen. Auslöschen

Digitized by Google

der Lichter darf nicht schlechthin gefordert werden, Gewaltanwendung niemals; stets aber Anrufen der Polizei. S. die bei v. Schicker 58 zitierten Urteile des OLG's München. Prinzipiell abweichend nimmt Olsh. 5 lediglich ein Begehungsdelikt an. Vergl. auch § 285 III. Jedenfalls wird nicht gefordert, daß ein Polizeibeamter die Polizeistunde erst speziell geboten habe. Auf Privatgäste des Wirts bezieht sich die Stelle nicht. Dadurch, daß der Wirt die Bewirtung unentgeltlich vornimmt, werden indessen die Gäste nicht unbedingt zu Privatgästen. Entsch. d. hanseat. OLG's 151. — Thäter kann nur der Wirt sein, nicht sein Vertreter. A. A. Berner 709. Freilich kann auch hier GO § 151 eingreifen. S. § 369 I. — Als Schuldform genügt Fahrlässigkeit. Diese kann aber auch in ungenügender Instruktion des Personals oder in mangelhafter Sorgfalt bei Auswahl desselben gefunden werden. Vergl. das Urteil des OLG's Cassel im Arch. 40, 176.

IV. Konkurrenzfälle. — Über Konkurrenz des im ersten Absatze normierten Delikts mit Hausfriedensbruch s. § 123 VI. — Fordert der Wirt, nachdem ein Polizeibeamter die Gäste zum Weggehen aufgefordert hat, sie seinerseits mit Erfolg zum Bleiben auf, so konkurriert mit dem Delikte des zweiten Absatzes ideell Anstiftung zu dem des ersten. Wenn jedoch durch die Zahl der Gäste der Begriff der Menschenmenge erfüllt wird, so konkurriert nicht Anstiftung, sondern § 111 (nach Olsh. 10 beide). Vergl. E 3, 145 (auch wenn mehrere Gäste der Aufforderung zum Bleiben Folge leisten, liege keine Realkonkurrenz vor).

§ 366.

Mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft:

1. wer den gegen die Störung der Feier der Sonn- und Festtage erlassenen Anordnungen zuwiderhandelt;
2. wer in Städten oder Dörfern übermäßig schnell fährt oder reitet, oder auf öffentlichen Straßen oder Plätzen der Städte oder Dörfer mit gemeiner Gefahr Pferde einfährt oder zureitet;
3. wer auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen das Vorbeifahren Anderer mutwillig verhindert;
4. wer in Städten mit Schlitten ohne feste Deichsel oder ohne Geläute oder Schelle fährt;
5. wer Tiere in Städten oder Dörfern, auf öffentlichen Wegen, Straßen, oder Plätzen oder an anderen Orten, wo sie durch Ausreißen, Schlagen oder auf andere Weise Schaden anrichten können, mit Vernachlässigung der erforderlichen Sicherheitsmaßregeln stehen läßt oder führt;
6. wer Hunde auf Menschen hetzt;
7. wer Steine oder andere harte Körper oder Unrat auf Menschen, auf Pferde oder andere Zug- oder Lasttiere, gegen fremde Häuser, Gebäude oder Einschließungen, oder in Gärten oder eingeschlossene Räume wirft;
8. wer nach einer öffentlichen Straße oder Wasserstraße, oder nach Orten hinaus, wo Menschen zu verkehren pflegen, Sachen, durch deren Umstürzen oder Herabfallen Jemand beschädigt werden kann, ohne gehörige Befestigung aufstellt oder aufhängt, oder Sachen auf eine Weise

Digitized by Google

ausgießt oder auswirft, daß dadurch Jemand beschädigt oder verunreinigt werden kann;

9. wer auf öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen Gegenstände, durch welche der freie Verkehr gehindert wird, aufstellt, hinlegt oder liegen läßt;

10. wer die zur Erhaltung der Sicherheit, Bequemlichkeit, Reinlichkeit und Ruhe auf den öffentlichen Wegen, Straßen, Plätzen oder Wasserstraßen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt.

I. **Zu Nr. 1.** — Die Stelle verweist hinsichtlich ihres näheren Thatbestandes auf außerhalb ihrer selbst liegende Anordnungen, ist also ein Blankettgesetz. Wie sich hauptsächlich aus ihrer Entstehungsgeschichte ergiebt (vergl. Rotering 67 ff. und GS 58, 82 ff., E 20, 81), hat sie nur solche Anordnungen im Auge, welche auf die allgemeine Sonntagsheiligung hinzielen und in religiösem Sinne anstößige Handlungen an Sonn- und Feiertagen verbieten. Von welcher Stelle derartige Anordnungen ausgehen müssen und in welchem Umfange sie zulässig sind, beurteilt sich nach Landesrecht. In Preußen nimmt die herrschende Lehre an, daß gemäß Kabinettsordre v. 7./2 1837 (bezw. in den neuen Provinzen gemäß Ges. v. 9./5 1892) die Oberpräsidenten und Regierungspräsidenten, nicht aber die lokalen Verwaltungsbehörden zuständig seien. Auch im Wege der Delegation kann die Zuständigkeit der letzteren nicht begründet werden. So Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichts 21, E 106. Ferner erklärt sich die Praxis mit Recht für befugt, die Zulässigkeit der Polizeiverordnung ihrem Inhalte nach zu prüfen. Dagegen Rotering, GS 58, 113. 114. Was die Jagdausübung betrifft, so ist das Kammergericht der Ansicht, daß zwar geräuschvolle Jagdausübung, aber keineswegs jede Jagdausübung an Sonn- und Feiertagen verboten werden könne. Jahrb. f. Entsch. d. Kammergerichts 18, 324. 325. (Damit steht es wohl nicht in Widerspruch, wenn das Obertribunal für die Zeit des Gottesdienstes ein Verbot jeder Jagdausübung für zulässig erklärte. Vergl. Oppenhoff, Rechtsprechung des Obertribunals 17, 635. 18, 289.) Denselben Standpunkt nimmt das Kammergericht bezgl. des Wirtschaftsbetriebs an Sonntagen, namentlich während des Gottesdienstes ein, d. h.: es erklärt Polizeiverordnungen nur insoweit für giltig, als sie sich gegen den nach außen hin auffallenden Wirtschaftsbetrieb richten. Vergl. Kronecker, D. JZ 7, 313. In Bayern gilt eine Verordnung v. 30./7 1862, in Sachsen Ges. v. 10./9 1870, in Württemberg Verordnung v. 27./12 1871 und Verordnung v. 22./5 1895 (nach v. Rohrscheidt, Die Gewerbeordnung f. d. Deutsche Reich [1901] 233, v. Schicker S. 59). Wegen des polizeilichen Charakters des Delikts genügt im Zweifel Fahrlässigkeit.

Zuwiderhandlungen gegen solche Anordnungen dagegen, welche nicht die allgemeine religiöse Sonntagsheiligung, sondern die individuelle Sonntagsruhe in gesundheitlichem und sozialpolitischem Interesse bezwecken, fallen zweifellos nicht unter die vorliegende Stelle, sondern unter GO § 146a. Die Bestimmungen der GO stehen aber nach § 41a das. weitergehenden Beschränkungen des Gewerbetriebs an Sonn- und Feiertagen nicht entgegen. Spezialbestimmung s. Seemannsordnung § 118.

II. **Zu Nr. 2.** — Abgesehen von dem Falle des Einfahrens oder Zureitens, handelt es sich hier um Polizeiübertretungen, sodaß Fahrlässigkeit genügt. Irgend ein Verschulden aber muß vorhanden sein. Geht das Pferd durch, so ist zu unterscheiden, ob den Fuhrmann ein Verschulden trifft oder nicht. Begründet aber kann das Verschulden schon in dem Fahren oder in dem Reiten selbst sein, sofern nämlich dem Fuhrmann oder Reiter die nötige Sachkenntnis oder die nötige Kenntnis des Tieres fehlt. Nach Olsh. a trifft die Stelle beim Durchgehen des Tieres überhaupt nicht zu. Das

Digitized by Google

RG (vergl. Arch. 39, 61) nimmt an, daß der mitfahrende Eigentümer des Fuhrwerkes verantwortlich sei, wenn er schuldhafterweise den Kutscher nicht an übermäßig rascher Fahrt hindert (vergl. auch § 230). — Das Einfahren oder Zureiten mit gemeiner Gefahr (vergl. die Vorbem. z. 27. Abschn.) ist, weil kein reines Polizeidelikt, nur vorsätzlich begehbar. Ebenso Rotering 71 (der übrigens Vorsatz für die ganze Nr. 2 fordert), a. A. Olsh. a. — Wird durch eine der pönalisierten Handlungen ein Mensch getötet oder verletzt, so konkurriert ideell je nach Umständen vorsätzliche oder fahrlässige Tötung oder Körperverletzung. R 5, 604. Man kann nicht (wie früher v. Liszt) die vorliegende Stelle als subsidiäre behandeln; denn sie stellt nicht die Gefährdung eines einzelnen, sondern die unbestimmt welcher Menschen unter Strafe. Vergl. § 73 VII 2b β.

III. Zu Nr. 3. — Über den Begriff der öffentlichen Wege usw. s. § 116 I. Wie sich aus dem Worte „mutwillig" ergiebt, kann das Delikt nur vorsätzlich begangen werden. Konkurrenz mit Nötigung ist ausgeschlossen. Vergl. u. X a. E.

IV. Zu Nr. 4. — Polizeidelikt. Fahrlässigkeit genügt.

V. Zu Nr. 5. — Wie zu IV. Olsh. a hebt mit Recht hervor, daß die Möglichkeit eines Schadens durch Ansteckung nicht hierher gehört. Welche Sicherheitsmaßregeln erforderlich sind, unterliegt richterlichem Ermessen. Die durchaus herrschende Lehre nimmt jedoch an, daß durch partikularrechtliche Vorschriften gewisse Sicherheitsmaßregeln speziell vorgeschrieben werden können.

VI. Zu Nr. 6. — Das Hetzen kann nur vorsätzlich geschehen. Der Eintritt einer Verletzung oder auch nur einer Gefährdung gehört nicht zum Thatbestande. Tritt aber eine Verletzung oder eine Tötung ein, so ist es fraglich, ob die vorliegende Stelle konkurriert (so die herrschende Lehre und E 8, 315) oder als lediglich subsidiär zurücktritt (so Binding 1, 360, Rotering 73). Für die Möglichkeit einer Idealkonkurrenz § 73 VII 2b β.

VII. Zu Nr. 7. — Die durchaus herrschende Lehre verlangt, wie bei der vorigen Nummer, Vorsatz. Für das Verhältnis des Delikts zur Körperverletzung (Tötung und Sachbeschädigung) gilt das unter VI Ausgeführte in entsprechender Weise. S. einerseits E 21, 314, anderseits Binding 1, 360. — Unrat bezeichnet nach der zitierten Entscheidung alles, was verunreinigt, ohne Beschränkung auf das, was Ekel erregt. — Die Präposition „auf" bezeichnet die Richtung, ein wirkliches Treffen ist nicht erforderlich. E 3, 306. A. A. Rubo 8. Durch die Präpositionen „gegen" oder „in" aber wird ein wirkliches Treffen gefordert. So die herrschende Lehre. — Die Häuser, Gebäude oder Einschließungen müssen notwendigerweise fremde sein, d. h. sie dürfen dem Thäter nicht oder wenigstens nicht ausschließlich gehören. Stehen die Pferde, die andern Zug- oder Lasttiere, die Gärten oder eingeschlossenen Räume im ausschließlichen oder im Miteigentum des Thäters, so wird dieser Umstand regelmäßig die Rechtswidrigkeit beseitigen. Dies ist aber z. B. nicht der Fall, wenn ein Mensch auf dem Pferde reitet.

VIII. Zu Nr. 8. — Eine Polizeiübertretung. Da aber immerhin die Möglichkeit der Verletzung in den Thatbestand aufgenommen ist, so bedarf es der Prüfung im Einzelfalle, ob sie nach den konkreten Umständen zu befürchten war. Hinsichtlich des Aufstellens, Aufhängens als äußerer Thätigkeit ist Vorsatz erforderlich, hinsichtlich des Ortes und der möglichen Verletzung genügt Fahrlässigkeit. Zu weit geht (wie auch Olsh. a bemerkt) E 17, 303, wenn es eine Verschuldung überhaupt nicht fordert. — Die Frage der Konkurrenz bei Eintritt einer Tötung, Körperverletzung oder Sachbeschädigung liegt ebenso wie in den beiden vorhergehenden Nummern.

IX. Zu Nr. 9. — Über den Begriff der öffentlichen Wege usw. s. § 116 I. Steht der öffentliche Weg im Privateigentum, so kann sich der Eigentümer insofern strafbar machen, als er verpflichtet ist, die allgemeine Benutzung zuzulassen. Ebenso E 33, 372, Kammergericht, Jahrb. 21 C 90. Gestattet er diese nur, liegt also ein pre-

Digitized by Google

karistisches Verhältnis vor, so entfällt die Rechtswidrigkeit. Ähnlich Oppenh.-Del. 24, Olsh. c. — Zum Thatbestand gehört die Behinderung des freien Verkehrs. Dies bedeutet nicht, daß ein konkreter Transport oder ein konkreter Mensch an der verkehrsweisen Benutzung verhindert worden sein müsse, sondern nur, daß der Verkehr im allgemeinen, wie er zu der fraglichen Zeit an den fraglichen Orten erwartet werden kann (also der gedachte Verkehr), eine Hinderung erfährt. Ähnlich Olsh. a, der mit Recht auf die Analogie des § 315 hinweist. — Die Handlung besteht in dem Aufstellen, Hinlegen oder Liegenlassen von — selbstverständlich beweglichen — Gegenständen. Auch das Anhalten der Fuhrwerke gehört hierher, vorausgesetzt, daß es in einer Weise erfolgt, die außerhalb der ordnungsgemäßen Benutzung der Straße liegt. Ähnlich Olsh. b. Hinsichtlich des Aufstellens und Hinlegens als äußerer Thätigkeit ist Vorsatz erforderlich. Abzulehnen ist die Ansicht (Entsch. des bayer. obersten Landesgerichts in Strafsachen 1, 303), nach welcher es gleichgiltig sein soll, ob jemand selbst hinlegt oder die Anweisung dazu ertheilt. In letzterem Falle handelt es sich um Anstiftung. Das Liegenlassen ist nur dann strafbar, wenn eine Verpflichtung zum Wegnehmen besteht. Diese aber wird durch die thatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache begründet, gleichgiltig, durch wen sie an die betreffende Stelle gebracht worden ist. Vergl. Olsh. c. Ebenso wie aber der Aufstellende oder Hinlegende wissen muß, daß er hinlegt oder aufstellt, muß der Liegenlassende wissen, daß er liegen läßt, d. h.: er muß wissen, daß sich ein unter seiner Verfügungsgewalt stehender Gegenstand auf einem öffentlichen Wege usw. befindet. Fahrlässiges Liegenlassen ist nur insofern strafbar, als etwa der Verpflichtete das Wegnehmen vergißt oder vernachlässigt. Weitergehend nimmt OLG Hamburg, Arch. 40, 61 an, daß strafbare Fahrlässigkeit schon dann vorliege, wenn der Verpflichtete nicht alles gethan hat, um für Beachtung der Vorschrift zu sorgen. Das OLG fordert also nicht das Bewußtsein, daß sich eine gewisse Sache an dem bezeichneten Orte befinde. Wichtig ist die Frage namentlich deshalb, weil es von ihrer Beantwortung abhängt, inwiefern die Herrschaft für das Liegenbleiben solcher Sachen haftet, die das Gesinde auf den öffentlichen Weg usw. geschafft hat, oder die etwa von dritten (Rollfuhrleuten) für sie dort niedergestellt worden sind. — Daß hinsichtlich der möglichen Verkehrsstörung Fahrlässigkeit genügt, wird allgemein anerkannt.

X. **Zu Nr. 10.** — Ein Blankettgesetz. Ob nur die vorsätzliche oder auch die fahrlässige Übertretung der Polizeiverordnungen strafbar ist, hängt von ihrem näheren Inhalte ab. Im Zweifel genügt Fahrlässigkeit. Unter Polizeiverordnungen sind nur allgemein verbindliche Bestimmungen zu sehen. Die Nichtbefolgung des konkreten Polizeibefehls gehört nicht hierher. Berner 712, Olsh. a, Rotering 77. Im übrigen können die Polizeiverordnungen sowohl Verbote wie Gebote enthalten. Selbstverständlich sind die in Polizeiverordnungen etwa enthaltenen Strafdrohungen als solche ungiltig, einerlei ob die Verordnung älter oder jünger ist als das StGB. Vergl. E 30, 437. — Eine Spezialbestimmung enthält d. Ges. üb. d. Postwesen des Deutschen Reichs v. 28./10 1871 § 19 (Nichtausweichen vor der Post).

§ 366a.

Wer die zum Schutze der Dünen und der Fluß- und Meeresufer, sowie der auf denselben vorhandenen Anpflanzungen und Anlagen erlassenen Polizeiverordnungen übertritt, wird mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft bestraft.

Eingeschaltet durch die Novelle vom 26./2 1876. Vergl. die Bemerkungen zu § 366 Nr. 10.

Digitized by Google

§ 367.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

1. wer ohne Vorwissen der Behörde einen Leichnam beerdigt oder bei Seite schafft, oder wer unbefugt einen Teil einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Personen wegnimmt;
2. wer den polizeilichen Anordnungen über vorzeitige Beerdigungen entgegenhandelt;
3. wer ohne polizeiliche Erlaubnis Gift oder Arzeneien, soweit der Handel mit denselben nicht freigegeben ist, zubereitet, feilhält, verkauft oder sonst an Andere überläßt;
4. wer ohne die vorgeschriebene Erlaubnis Schießpulver oder andere explodierende Stoffe oder Feuerwerke zubereitet;
5. wer bei der Aufbewahrung oder bei der Beförderung von Giftwaren, Schießpulver oder Feuerwerken, oder bei der Aufbewahrung, Beförderung, Verausgabung oder Verwendung von Sprengstoffen oder anderen explodierenden Stoffen, oder bei Ausübung der Befugnis zur Zubereitung oder Feilhaltung dieser Gegenstände, sowie der Arzeneien die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt;

5a. wer bei Versendung oder Beförderung von leicht entzündlichen oder ätzenden Gegenständen durch die Post die deshalb ergangenen Verordnungen nicht befolgt;

6. wer Waren, Materialien oder andere Vorräte, welche sich leicht von selbst entzünden oder leicht Feuer fangen, an Orten oder in Behältnissen aufbewahrt, wo ihre Entzündung gefährlich werden kann, oder wer Stoffe, die nicht ohne Gefahr einer Entzündung bei einander liegen können, ohne Absonderung aufbewahrt;
7. wer verfälschte oder verdorbene Getränke oder Eßwaren, insbesondere trichinenhaltiges Fleisch feilhält oder verkauft;
8. wer ohne polizeiliche Erlaubnis an bewohnten oder von Menschen besuchten Orten Selbstgeschosse, Schlageisen oder Fußangeln legt, oder an solchen Orten mit Feuergewehr oder anderem Schießwerkzeuge schießt, oder Feuerwerkskörper abbrennt;
9. wer einem gesetzlichen Verbot zuwider Stoß-, Hieb- oder Schußwaffen, welche in Stöcken oder Röhren oder in ähnlicher Weise verborgen sind, feilhält oder mit sich führt;
10. wer bei einer Schlägerei, in welche er nicht ohne sein Verschulden hineingezogen worden ist, oder bei einem Angriff sich einer Waffe, insbesondere eines Messers oder eines anderen gefährlichen Werkzeuges bedient;
11. wer ohne polizeiliche Erlaubnis gefährliche wilde Tiere hält, oder wilde oder bösartige Tiere frei umherlaufen läßt, oder in Ansehung ihrer

Digitized by Google

die erforderlichen Vorsichtsmaßregeln zur Verhütung von Beschädigungen unterläßt;

12. wer auf öffentlichen Straßen, Wegen oder Plätzen, auf Höfen, in Häusern und überhaupt an Orten, an welchen Menschen verkehren, Brunnen, Keller, Gruben, Öffnungen oder Abhänge dergestalt unverdeckt oder unverwahrt läßt, daß daraus Gefahr für Andere entstehen kann;
13. wer trotz der polizeilichen Aufforderung es unterläßt, Gebäude, welche den Einsturz drohen, auszubessern oder niederzureißen;
14. wer Bauten oder Ausbesserungen von Gebäuden, Brunnen, Brücken, Schleusen oder anderen Bauwerken vornimmt, ohne die von der Polizei angeordneten oder sonst erforderlichen Sicherheitsmaßregeln zu treffen;
15. wer als Bauherr, Baumeister oder Bauhandwerker einen Bau oder eine Ausbesserung, wozu die polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, ohne diese Genehmigung oder mit eigenmächtiger Abweichung von dem durch die Behörde genehmigten Bauplane ausführt oder ausführen läßt;
16. wer den über das Abhalten von öffentlichen Versteigerungen und über das Verabfolgen geistiger Getränke vor und bei öffentlichen Versteigerungen erlassenen polizeilichen Anordnungen zuwiderhandelt.

In den Fällen der Nr. 7 bis 9 kann neben der Geldstrafe oder der Haft auf die Einziehung der verfälschten oder verdorbenen Getränke oder Eßwaren, ingleichen der Selbstgeschosse, Schlageisen oder Fußangeln, sowie der verbotenen Waffen erkannt werden, ohne Unterschied, ob sie dem Verurteilten gehören oder nicht.

I. **Zu Nr. 1.** — Über den Begriff des Leichnams (= Leiche) s. § 168 I. Bestraft wird:

1. die Beerdigung oder das Beiseiteschaffen eines Leichnams ohne Vorwissen der Behörde. Nach § 60 des Personenstandsgesetzes bedarf es der Genehmigung der Ortspolizeibehörde, sofern eine Beerdigung vor Eintragung des Sterbefalles in das Sterberegister stattfinden soll. Im übrigen fehlt es an reichsgesetzlichen Vorschriften darüber, welche Behörde um die Beerdigung wissen muß. Mit Recht bemerkt aber Olsh. a, daß im Zweifel die Ortspolizeibehörde für zuständig anzusehen sei. — Unter den Begriff des Beerdigens fällt auch das Verscharren. — Wegen des Beiseiteschaffens s. § 137 III 1. Auf den Bruch der amtlichen Verfügungsgewalt kann es hier selbstverständlich nicht ankommen, gemeint aber ist eine solche örtliche Entfernung der Leiche, durch welche der Behörde deren Besichtigung unmöglich gemacht oder doch erschwert wird. E 28, 119. — Beerdigung und Beiseiteschaffen können nur vorsätzlich erfolgen. Hinsichtlich des Vorwissens der Behörde aber genügt Fahrlässigkeit. — Realkonkurrenz ist häufig mit Kindstötung, Idealkonkurrenz mit Begünstigung (etwa des Mörders). Wird dagegen erst durch das Einscharren oder Beiseiteschaffen (Werfen in einen Fluß) die Tötung bewirkt, so findet die vorliegende Stelle keine Anwendung;
2. die unbefugte Wegnahme eines Teils einer Leiche aus dem Gewahrsam der dazu berechtigten Person. — Ein Ergänzungsdelikt zu dem des

Digitized by Google

§ 168. Vorsatz ist erforderlich. Steht die Leiche oder der Leichenteil in fremdem Eigentum, so liegt Diebstahl vor.

II. **Zu Nr. 2.** — Ein Blankettgesetz, dessen näherer Inhalt sich durch die polizeilichen Anordnungen bestimmt. Diese können auch für den einzelnen Fall erlassen werden, brauchen also keine Polizeiverordnungen zu sein. Ebenso Olsh. a. Soweit gesetzliche Bestimmungen bestehen, bleiben sie unberührt (code civil art. 77; vergl. auch preuß. Ministerialverfügung v. 2./3 1827). — Im Zweifel genügt Fahrlässigkeit. — Thäter kann jeder sein, der „entgegenhandelt", also nicht etwa bloß der Totengräber. Eine vorschriftswidrige Erteilung der Erlaubnis zur Beerdigung (von seiten einer niederen Polizeibehörde) ist dagegen nur disziplinarisch strafbar.

III. **Zu Nr. 3.**

1. Über den **Begriff des Giftes** s. § 229 II. Der Handel mit Gift ist zwar durch GO § 1 prinzipiell freigegeben, kann jedoch verschiedenen Beschränkungen unterworfen werden.
   a) Verboten und strafbar ist der ambulante Handel mit Gift, sowie der Gifthandel im Umherziehen. GO §§ 42a. 56 Nr. 9. 148 Nr. 5 und 7a.
   b) Nach GO § 6 wird durch Kaiserliche Verordnung bestimmt, welche „Apothekerwaren" dem freien Verkehre überlassen sind. Als Apothekerwaren können somit auch Gifte dem freien Verkehr entzogen werden. Maßgebend ist seit 1./4 1902 die Kaiserl. Verordnung v. 22./10 1901 (s. darüber Kronecker, D. JZ 7, 188 ff.). Diese bestimmt, daß gewisse „Zubereitungen" (Verzeichnis A) als Heilmittel und gewisse andere „Stoffe" (Verzeichnis B) schlechthin nur in Apotheken verkauft werden dürfen. Der Handel mit diesen „Zubereitungen" und „Stoffen" ist also nicht freigegeben. S. jedoch u. c.
   c) Nach GO § 34 können die Landesgesetze vorschreiben, daß zum Handel besondere Genehmigung erforderlich ist. Die Landesgesetzgebung kann also den Gifthandel noch weiter beschränken, als es die unter a und b erwähnten reichsrechtlichen Bestimmungen thun, es sei denn, daß diese letzteren den Gifthandel in gewissem Umfange ausdrücklich freigeben. Dies geschieht durch die Kaiserl. Verordnung v. 22./10 1901 welche ausdrücklich freigiebt:
      α) von den „Zubereitungen" gewisse kosmetische Mittel, gewisse künstliche Mineralwasser, ferner Verbandstoffe, sowie Zubereitungen von Bädern und Seifen zum äußeren Gebrauch;
      β) bei den „Stoffen" den Verkauf in Apotheken oder an sonstige öffentliche Anstalten, welche Untersuchungs- oder Lehrzwecken dienen und nicht gleichzeitig Heilanstalten sind;
      γ) sowohl bei den „Zubereitungen" als bei den „Stoffen" den Großhandel. Unter Großhandel versteht die Rechtsprechung nicht jede Abgabe an Wiederverkäufer, auch nicht jede Abgabe in größeren Quantitäten, sondern nur die Abgabe an Wiederverkäufer in größeren Quantitäten, d. h. in solchen, wie sie von Konsumenten zur Befriedigung eines augenblicklichen Bedürfnisses nicht verlangt zu werden pflegen. Vergl. Kronecker, D. JZ 7, 190, und Kammergericht, Arch. 48, 369 (mit zahlreichen Literaturangaben).

Soweit nach dem Vorhergehenden der Handel mit Gift nicht freigegeben ist, darf Gift nur mit polizeilicher Erlaubnis feilgehalten, verkauft oder sonst an andere überlassen werden. Welche Behörde zuständig ist und in welcher Form die Erlaubnis erteilt wird, bestimmt sich nach Landesrecht. Dieses kann namentlich die Voraussetzungen, unter denen die Genehmigung zu erteilen oder zu versagen ist, näher normieren, auch gewissen Personenklassen die Genehmigung generell erteilen. Giltig ist daher auch die preußische Kabinettsordre v. 11./7 1843 über die Befugnis der approbirten Medizinalpersonen zum Selbst-

Digitized by Google

dispensieren der nach homöopathischen Grundsätzen bereiteten Heilmittel. Desgleichen sind landesgesetzliche Vorschriften über die Behandlung von Giften (Lagerung, Verpackung, Bedingung der Abgabe, Führung des Giftbuches u. dergl.) noch in Kraft. Ein Teil dieser Punkte ist neuerdings durch übereinstimmende landesrechtliche Verordnungen und Verfügungen geregelt worden, die seit dem Jahre 1896 in Kraft getreten sind. S. darüber Zschiesing, Gesetzsammlung für Drogisten (1897). Vergl. noch preuß. Reglement v. 16./9 1836, hess. Polizeistrafgesetz Art. 326 ff. und unten Nr. 5. Selbstverständlich darf sich die Landesgesetzgebung nicht in Widerspruch mit dem Reichsrecht setzen. Dies ist in doppelter Beziehung von Bedeutung. Einmal kann, soweit die Kaiserl. Verordnung Feilhalten und Verkauf nur in Apotheken gestattet, die polizeiliche Erlaubnis zum Feilhalten oder Verkaufen lediglich in der Form der Konzessionirung als Apotheker erfolgen und ist in dieser Konzessionierung selbstverständlich mit enthalten. Zustimmend OLG Jena, Blätter f. Rechtspflege in Thüringen 47, 119, Olsh. c. Anderseits wäre ungiltig eine Bestimmung, durch welche die Polizeibehörde angewiesen oder ermächtigt würde, bedingungslos die Zubereitung usw. von Gift zu verbieten. Ebenso Olsh. c *a*.

Im einzelnen ist zu bemerken:

a) Was das Zubereiten des Giftes betrifft, so würde sich dem Wortlaute nach auch strafbar machen, wer ohne polizeiliche Erlaubnis zu eigenen (vielleicht wissenschaftlichen) Zwecken Gift zubereitet. Wäre diese Auslegung zutreffend, so wäre es nicht begreiflich, weshalb nicht auch für den bloßen Besitz von Gift das Gleiche gelten sollte, noch auch, weshalb es einen Unterschied machen soll, ob der Handel freigegeben ist oder nicht. Mit Recht nehmen daher Oppenh.-Del. 23 u. Rotering 80 an, daß nur die Zubereitung zum Zwecke der gewerbsmäßigen Überlassung an andere gemeint sei. Dafür spricht auch die Gleichstellung mit dem Feilhalten usw.

b) Unter Feilhalten ist zu verstehen das Bereithalten einer Ware zum Verkauf an das Publikum in der Art, daß die Verkaufsabsicht äußerlich erkennbar hervortritt. Vergl. E 4, 274. 5, 145. 6, 46. Wenn E 25, 241 zu fordern scheint, daß das Bereithalten an einer dem Publikum zugänglichen Stelle erfolgen müsse, so liegt wohl nur ein ungenauer Ausdruck vor. Wer die Ware an einem nur dem Geschäftspersonal zugänglichen Raume aufbewahrt, aber durch ein allgemein sichtliches Plakat die Absicht des Verkaufs zum Ausdrucke bringt, hält feil. S. Kronecker, D. JZ 7, 190. — Olsh. 5 zu § 184. definiert: Bereithalten an das Publikum zum Verkauf, legt also auf die äußere Erkennbarkeit der Verkaufsabsicht kein Gewicht. Vergl. auch Zschiesing a. a. O. 14: „Wer eine Ware besitzt, sie zu verkaufen beabsichtigt und die thatsächliche Möglichkeit hat, diese Absicht jederzeit mit der Schnelligkeit auszuführen, welche die Sitte des bezüglichen Handels fordert, der hält feil." Mit Unrecht läßt aber Zschiesing, mit dem Binding Grundriß 3, 64 sachlich übereinstimmt, das Erfordernis der Verkaufsabsicht an das Publikum weg.

c) Zum Begriffe des Überlassens an andere gehört, daß mit dem Willen des seither Berechtigten Eigentum und Gewahrsam auf eine andere Person übertragen werden. Dies trifft nicht zu, wenn der Thäter den Stoff auf den Körper einer andern Person derart überträgt, daß er dadurch verbraucht wird. E 33, 305. Steht der Stoff im gemeinschaftlichen Eigentum der Mitglieder einer Gesellschaft oder in dem eines Vereins, so sieht die Praxis zuweilen in der Einhändigung an die einzelnen kein Überlassen an andere. So z. B. Kammergericht, Arch. 40, 352. 46, 356. A. A. mit Recht OLG Breslau, Arch. 48, 145. Daß die Überlassung gegen Entgelt erfolge, ist nicht erforderlich. R 2, 633.

Digitized by Google

2. Was den Begriff der **Arzeneien** betrifft, so war es bis zu der (jetzt aufgehobenen) Kaiserl. Verordnung v. 27./1 1890 streitig, ob darunter nur Mittel mit wirklicher oder auch solche mit nur angeblicher Heilkraft fallen. Seitdem ist die Frage in dem weitergehenden Sinne zu entscheiden. S. jetzt auch die Verordnung v. 22./10 1901 § 1. Menschen- und Tierarzeneien stehen einander nunmehr gleich. Über die Frage, inwieweit der Handel mit Arzeneien freigegeben ist, bestimmt lediglich das Reichsrecht. S. o. 1c. Ist er nicht freigegeben, so dürfen Arzeneien nur mit polizeilicher Erlaubnis zubereitet, feilgehalten, verkauft oder sonst an andere überlassen werden. S. darüber oben 1. Soweit die Kaiserl. Verordnung Feilhalten oder Verkauf nur in Apotheken gestattet, kann die polizeiliche Erlaubnis zum Feilhalten oder Verkauf lediglich in der Form der Konzessionierung als Apotheker erteilt werden und ist in dieser Konzessionierung enthalten. S. hierüber oben 1.

Thäter der Übertretung (1 und 2) kann jeder sein, dem die erforderliche Genehmigung fehlt. Die dem Inhaber eines Geschäftes erteilte Genehmigung erstreckt sich nicht ohne weiteres auf sein Personal. Im Gegenteil schreibt, was den Gifthandel betrifft, § 10 der oben (1) erwähnten übereinstimmenden landesrechtlichen Verordnungen vor, daß Gifte nur von dem Geschäftsinhaber oder den von ihm hiermit Beauftragten abgegeben werden dürfen. Wer als Lehrling oder Gehilfe ohne Genehmigung bezw. Auftrag verkauft, macht sich auf Grund der vorliegenden Stelle strafbar. Dies gilt erst recht dann, wenn auch dem Geschäftsinhaber selbst die Genehmigung fehlt. E 27, 167 (für den letzteren Fall). Vergl. auch GO § 151.

Wegen des polizeilichen Charakters der Bestimmung genügt Fahrlässigkeit. Das Zubereiten, Feilhalten usw. fordert zwar Vorsatz, denkbar ist aber Fahrlässigkeit namentlich bei schuldhafter Unkenntnis des verkauften Stoffes. A. A. Binding, Grundriß 3, 67.

Auf **Geheimmittel** als solche bezieht sich das Reichsrecht (abgesehen von GO § 56 Nr. 9) überhaupt nicht, daher sind landesgesetzliche Bestimmungen gegen die Ankündigung von Geheimmitteln noch in Kraft. E 6, 329. Sofern dagegen das Feilhalten oder der Verkauf gegen die oben zitierten Kaiserl. Verordnungen verstößt, findet lediglich die vorliegende Stelle Anwendung. E 16, 359. Dieses Urteil versteht unter Geheimmitteln solche sich als Heilmittel ankündigende Zubereitungen, die weder vom Staate als Apothekerware anerkannt sind, noch ihre Bestandteile und deren Zusammensetzung erkennen lassen. De lege ferenda über die Geheimmittelfrage (Georg) Frank, Ztschr. 8, 51 ff., Darstellung des geltenden Rechts bei Kronecker, D. JZ 3, 295 ff.

IV. **Zu Nr. 4.** — Nach GO § 16 bedarf die Errichtung von Schießpulverfabriken, Anlagen zur Feuerwerkerei und zur Bereitung von Zündstoffen aller Art der obrigkeitlichen Genehmigung. Die Errichtung ohne diese Genehmigung ist nach GO § 147 Nr. 2 strafbar. Mit der Genehmigung der Errichtung ist selbstverständlich auch die der Zubereitung von Schießpulver usw. erteilt. Die vorliegende Stelle findet also nur Anwendung auf die nicht in Fabriken erfolgende Zubereitung. Sie setzt den Mangel der vorgeschriebenen Erlaubnis voraus und bezieht sich damit auf landesrechtliche Bestimmungen, die eine solche Erlaubnis fordern. Fehlt es an derartigen Bestimmungen, so ist die nichtfabrikmäßige Zubereitung von einer Erlaubnis nicht abhängig und, wenn sie ohne eine solche erfolgt, nicht strafbar. Ebenso Oppenh.-Del. 27. Die Erlaubnis kann aber landesrechtlich nur für die nicht gewerbsmäßige Zubereitung gefordert werden. In letzterer Beziehung ist Olsh. a derselben Ansicht, im übrigen aber versteht er die Stelle anscheinend so, daß es zur nichtgewerbsmäßigen Zubereitung stets einer Erlaubnis bedürfe. Mit der hier vertretenen Ansicht durchaus übereinstimmend Binding, Grundriß 3, 27. — Fahrlässige Begehung ist strafbar und in der Art denkbar, daß sich der Thäter über das Vorliegen der erforderlichen Erlaubnis in schuldhaftem Irrtum befindet. — Das Anwendungsgebiet der Stelle

Digitized by Google

wird übrigens durch das Sprengstoffgesetz wesentlich eingeschränkt. Vergl. bes. dessen §§ 1. 9. S. außerdem GO § 56 Nr. 6.

V. **Zu Nr. 5.** — Vergl. hierzu, was die Giftwaren betrifft, oben III. Im übrigen s. Eisenbahn-Verkehrsordnung v. 26./10 1899 §§ 29. 50. 51, Betriebsordnung f. d. Haupteisenbahnen v. 5./7 1892 § 62, Bahnordnung für die Nebenbahnen v. 5./7 1892 § 45, Postordnung v. 11./6 1892 §§ 11 ff. — *Fahrlässige* Begehung ist im Zweifel strafbar. — Auch die Anwendbarkeit dieser Stelle ist durch das Sprengstoffges. v. 9./6 1884 §§ 8. 9 wesentlich eingeschränkt worden.

VI. **Zu Nr. 5a.** — Eingeschaltet durch Gesetz v. 13./5 1891 Art. IV. Vergl. dazu Postordnung v. 11./6 1892 §§ 11 ff.

VII. **Zu Nr. 6.** — In *beiden* hierher gehörigen Fällen ist nur die feuergefährliche *Aufbewahrung* unter Strafe gestellt. Aufbewahrung bedeutet die Lagerung eines Gegenstandes *vor* Herbeiführung seiner bestimmungsgemäßen Verwendung. Diese kann für den derzeitigen Inhaber auch im Verkaufe bestehen. Ist aber der Gegenstand schon seiner bestimmungsgemäßen Verwendung zugeführt, so befindet er sich nicht mehr im Zustande der Aufbewahrung. Vergl. E. 22, 435. Als Schuldform genügt in beiden Fällen *Fahrlässigkeit*.

Im *ersten* Falle werden *Vorräte* von Waren, Materialien oder andern Gegenständen gefordert, also wesentlich *gleichartige* Objekte und zwar, soweit es sich um selbstentzündbare Gegenstände handelt, in einem Quantum, das die Befürchtung der Selbstentzündung wachruft; sofern es sich um leicht feuerfangende Gegenstände handelt, wird man jedes nicht ganz geringfügige Quantum als genügend ansehen müssen. In beiden Varianten wird die Strafbarkeit begründet durch den *Ort* der Aufbewahrung, insofern, *wenn* die Entzündung eintreten *sollte*, sie gerade an diesem Ort (für Menschen oder Sachen) gefährlich werden könnte. E 30, 118, gebilligt von Olsh. a, fordert aber weiter einen Ort (oder ein Behältnis), an dem die Entzündbarkeit *leicht* eintreten kann, und verneint demgemäß die Anwendbarkeit der Stelle bei Aufbewahrung von Schwefeläther in dem Keller eines bewohnten Hauses, da durch die Kellertemperatur die Entzündbarkeit (regelmäßig?) vermieden werde.

Im *zweiten* Falle hat das Gesetz *verschiedenartige* Stoffe ohne Rücksicht auf das Quantum im Auge. Die Strafbarkeit wird hier durch die *Art und Weise* der Aufbewahrung begründet, ohne daß es auf den Ort ankäme.

VIII. **Zu Nr. 7.** — Das Nahrungsmittelgesetz bedroht in den §§ 10. 11 denjenigen, der wissentlich oder fahrlässig „Nahrungs- oder Genußmittel, welche verdorben oder nachgemacht oder verfälscht sind, *unter Verschweigung dieses Umstandes* verkauft oder unter einer zur Täuschung geeigneten Bezeichnung feilhält". Die vorliegende Stelle hat daher jetzt nur noch subsidiäre Bedeutung. Sie findet lediglich dann Anwendung, wenn der Thäter die Qualität der Getränke oder Eßwaren *kundgiebt*, sie aber gleichwohl als menschliche Nahrungs- oder Genußmittel feilhält oder verkauft. So im wesentlichen die herrschende Lehre. Berner 716, Binding, Grundriß 3. 67. 68, Olsh. f. h β, E 6, 34, 268. 26, 419. Ist die Eßware oder das Getränk gleichzeitig geeignet, die Gesundheit zu beschädigen oder zu zerstören, so findet Nahrungsmittelgesetz §§ 12. 13 Anwendung. *Verfälscht* sind Getränke oder Eßwaren dann, wenn durch Einwirkung auf ihre Substanz ihre Beschaffenheit verschlechtert oder der Anschein einer besseren Beschaffenheit erweckt wird. Das falsche Etikettieren ist also kein Verfälschen. E 4, 434. Anderseits genügt eine solche Einwirkung auf die Substanz, die nur die Oberfläche ergreift, z. B. ein Bestreichen mit einem Mittel, um den Anschein der größeren Frische zu geben. E 5, 178. — Als ein besonderer Fall der verdorbenen Eßwaren wird der des trichinenhaltigen Fleisches angeführt. Daraus folgt, daß *verdorben* nicht nur solche Sachen sind, die einmal normal waren und dann durch natürlichen Prozeß ihre Geeignetheit zum Genusse verloren haben, sondern überhaupt alle Sachen in schlechtem, zum Genusse

Digitized by Google

ungeeignetem Zustande. Daher rechnet E 5, 287 auch das Fleisch ungeborener Kälber hierher. Vergl. übrigens auch E 26, 419. — Als Verschulden genügt wegen des polizeilichen Charakters Fahrlässigkeit. — Idealkonkurrenz ist möglich mit Beihilfe zu dem Delikte des Nahrungsmittelges. § 10 Nr. 2 und mit Beihilfe zu Betrug. Ersteres trifft namentlich dann zu, wenn ein Metzger verdorbenes Fleisch einem Wirte verkauft, wissend, daß dieser es in seiner Wirtschaft als unverdorbenes den Gästen vorsetzen wird. Dagegen ist Idealkonkurrenz mit Thäterschaft beim Betruge nicht denkbar. In letzterer Beziehung a. A. Olsh. h *a*. — Wegen der Einziehung s. Abs. 2. — Zahlreiche Ergänzungen enthält das Ges. betr. die Schlachtvieh- und Fleischbeschau v. 3./6 1900. Vergl. Winkler, GS 58, 260 ff.

IX. **Zu Nr. 8.** — Durch diese Bestimmung soll das Publikum vor Verletzungen, aber auch wohl vor Belästigungen geschützt werden. So bes. Olsh. b unter Bezugnahme auf die Motive zur Novelle v. 26./2 1876. Aber selbst wenn man annimmt, daß das Gesetz nur den ersten Zweck verfolge, hat man doch auch das nicht-scharfe Schießen hierher zu rechnen, da erfahrungsgemäß auch beim blinden Schießen häufig Unglücksfälle eintreten. A. A. Oppenh.-Del. 51, Rotering 85. — Zu den bewohnten Orten gehören nicht nur „Ortschaften", sondern auch Weiler, selbst das Innere von Häusern. A. A. die herrschende Lehre, vergl. Olsh. c. — Von Menschen besuchte Orte sind nicht solche Orte, die gelegentlich, ausnahmsweise einmal ein Mensch besucht, sondern nur solche, die regelmäßig besucht zu werden pflegen. Daß sich aber gerade in dem kritischen Augenblicke ein Mensch daselbst befinde, wird nicht gefordert. Ebenso die herrschende Lehre. Die Umgebung solcher (bewohnter oder besuchter) Orte gehört soweit mit hinzu, als die gefährdende oder belästigende Wirkung reicht. Demgemäß kommt bei Selbstgeschossen auch die Gefährdung in Betracht, die etwa außerhalb der Verkehrswege passierende Kinder oder Tiere entfesseln können. E 9, 124. — Die polizeiliche Erlaubnis muß nicht nur von dem zuständigen Organe, sondern auch in der nach Landesrecht erforderlichen Form erteilt sein, wenn die Strafbarkeit beseitigt werden soll. Man kann nicht behaupten, daß schlechthin die Bejahung einer formlosen Anfrage genüge. Inwiefern die Erteilung des Jagdscheines als polizeiliche Erlaubnis zum Schießen usw. gilt, ist ebenfalls nach Landesrecht zu beurteilen. — Allgemein und bedingungslos können die fraglichen Handlungen weder durch Landesgesetz, noch auch von der Polizei verboten werden. — Fahrlässigkeit genügt, jedoch muß die unmittelbare Thätigkeit selbst vorsätzlich vorgenommen worden sein. Wer vorsätzlich einen Schuß abgiebt, aber aus schuldhaftem Irrtum nicht weiß, daß er sich an einem von Menschen besuchten Orte befindet, macht sich strafbar. Nicht aber kann auf Grund der vorliegenden Stelle derjenige bestraft werden, dessen Gewehr sich unversehens auf der Straße entlädt. So auch Rotering 84. — Idealkonkurrenz mit Körperverletzung, Tötung oder Sachbeschädigung ist möglich. Die Frage liegt ebenso wie bei § 366 Nr. 4 ff. — Wegen Einziehung s. Abs. 2.

X. **Zu Nr. 9.** — Die einzelnen Handlungen sind nur dann strafbar, wenn sie landesrechtlich verboten sind (Blankettgesetz). Ob das Verbot auf einem Gesetze oder auf einer Polizeiverordnung beruht, ist gleichgiltig. Dagegen würde ein konkretes polizeiliches Verbot nicht genügen. Das offene Waffentragen fällt nicht unter die vorliegende Stelle. Ebenso Oppenh.-Del. 57. A. A. Olsh. b, der das landesrechtliche Verbot für ausschlaggebend erachtet. Allerdings kann landesrechtlich das Waffentragen in einem weiteren, nicht unter diese Stelle fallenden Maße untersagt werden (E 20, 43), aber § 367 Nr. 9 findet, wie sein Wortlaut zeigt, nur auf verborgenes Waffentragen Anwendung. Ob das bloße „Beisichhaben" einer Waffe unter das Verbot fällt, muß nach diesem selbst beurteilt werden. — Fahrlässigkeit genügt. A. A. Binding, Lehrb. 79. — Wegen der Einziehung s. Abs. 2. — Landesrechtliche Strafbestimmungen sind als solche ungiltig.

Digitized by Google

XI. **Zu Nr. 10.** — Über die Begriffe der Schlägerei und des Hineingezogenseins nicht ohne Verschulden s. § 227, zu welcher Stelle die vorliegende ein Ergänzungsdelikt bildet. Bedenklich ist es daher, wenn RG, Arch. 48, 305 im Anschlusse an die Rechtsprechung des preuß. Obertribunals die Beteiligung nur zweier Personen für ausreichend erachtet. Auch der Angriff ist hier in demselben Sinne zu verstehen wie dort. Jedoch braucht er nicht von mehreren Personen auszugehen. E 13, 3. R 10, 46. — Über den Begriff der Waffe usw. s. § 223a II 1. — Der Waffe usw. bedient sich auch wer mit ihr nur droht oder schreckt. Ein bei Gelegenheit des Angriffs abgegebener Schuß in die Luft gehört also hierher. R 5, 505. Dagegen kann der Begriff des Angriffs nicht selbst durch einen Schuß in die Luft erfüllt werden. R 10, 505. — Die Handlung kann nur vorsätzlich begangen werden. Vergl. Reuter, Der Raufhandel (1899) 115, Rotering 87 und § 223a II 1 a. E. — Idealkonkurrenz mit §§ 223a. 227 ist wegen des Verhältnisses der Spezialität ausgeschlossen. So die herrschende Lehre. S. bes. Reuter a. a. O. 117, der auch Idealkonkurrenz mit §§ 211. 212 mit Recht für nicht möglich, dagegen mit §§ 223. 230 für möglich hält. In diesen letzteren Fällen will dagegen Binding, Lehrb. 78 die vorliegende Stelle nur anwenden, wenn die Körperverletzung lediglich versucht oder zwar vollendet, ein Antrag aber nicht gestellt wurde.

XII. **Zu Nr. 11.** — Über die polizeiliche Erlaubnis s. o. zu Nr. 8. — Beschädigungen von Sachen kommen nur insofern in Betracht, als sie Ausfluß einer besonderen Gefährlichkeit oder Bösartigkeit sind. S. Berner 718, Olsh. b. — Als Schuld genügt Fahrlässigkeit.

XIII. **Zu Nr. 12.** — Orte, an welchen Menschen verkehren, sind im wesentlichen gleichbedeutend mit „von Menschen besuchten Orten" im Sinne der Nr. 8. Doch ist „verkehren" deshalb deutlicher, weil dadurch schärfer zum Ausdrucke gebracht wird, daß das Betreten des Ortes durch Menschen ein regelmäßiges sein muß. Ist es dies, so kommt es auf seine Rechtmäßigkeit oder Widerrechtlichkeit nicht an. — „Abhänge", die erst durch Errichtung von Brücken oder Stegen entstehen (zu beiden Seiten), können nicht hierher gerechnet werden. Denn die Errichtung von Stegen ohne Geländer ist seit jeher so allgemein üblich und so wenig beanstandet gewesen, daß der Gesetzgeber sich deutlicher hätte ausdrücken müssen, wenn er auch diesen Fall hätte unter Strafe stellen wollen. A. A. Oppenh.-Del. 69 bezgl. schmaler Brücken (unter Berufung auf ein Zivilurteil des RG's v. 20./4 1899). Mit Recht aber zählt RG, Entsch. in Zivilsachen 34, 32 den natürlichen Abhängen ähnliche hierher, solche also, wie sie z. B. durch das Ziehen von tiefen Gräben entstehen. — Die Möglichkeit einer Gefahr für Kinder, Blinde, Greise genügt. — Desgleichen Fahrlässigkeit als Verschulden. — Thäter kann nicht nur der Eigentümer des Brunnens usw., sondern jeder sein, der den betr. Ort zu verwalten hat. E 6, 64. Die Haftbarkeit des Eigentümers kann wegfallen, wenn er die Verwaltung auf eine andere Person überträgt. Vergl. E 15, 58 u. GO § 151. Steht der Brunnen usw. im Eigentum einer juristischen Person, so ist derjenige Beamte derselben verantwortlich, zu dessen Ressort die Verwaltung des Brunnens usw. gehört. — Die Verjährung beginnt gemäß den Bemerkungen zu § 3 IV erst mit dem Wegfalle des Obhutsverhältnisses oder mit dem Augenblicke, wo an den betr. Orten Menschen nicht mehr zu verkehren pflegen, oder aber mit der Beseitigung des gefährdenden Zustandes. — Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Tötung ist möglich.

XIV. **Zu Nr. 13.** — Es wird eine individuelle, spezielle polizeiliche Aufforderung, ein Polizeibefehl, vorausgesetzt. Sie richtet sich, sofern das Landesrecht nicht etwas abweichendes bestimmt, an denjenigen, unter dessen Verwaltung das Gebäude steht. — Ob das Gebäude in der That dem Einsturz droht, unterliegt richterlicher Prüfung. So Binding, Grundriß 3, 90, Olsh. b gegen fast sämtliche Schriftsteller. Eingehend über die Frage Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht (1895) 1, 317.

Digitized by Google

318. Nach ihm kann sie nicht einheitlich beantwortet werden. Für das Gebiet des preußischen Rechts schließt er die Zulässigkeit der richterlichen Prüfung aus, während er sie in Bayern für statthaft erklärt. — Fahrlässige Nichtbefolgung der Aufforderung genügt.

XV. Zu Nr. 14. — Die polizeiliche Anordnung von Sicherheitsmaßregeln kann sowohl generell wie speziell erfolgen. Die sonst erforderlichen Sicherungsmaßregeln sind solche, welche durch die konkreten Verhältnisse für einen vir bonus geboten sind. — Fahrlässigkeit genügt. — Thäter ist, wer den Bau vornimmt, d. h. der Leiter des Baues. Die Annahme, daß auch der Bauherr als solcher verantwortlich sei (OlSh. b. Oppenh.-Del. 76, RG [Zivilsenate], Arch. 43, 295. 44, 298), ist nicht haltbar. Freilich ist es Thatfrage, inwiefern der Bauherr sich an der Leitung des Baues beteiligt, also selbst Leiter ist. — Idealkonkurrenz mit fahrlässiger Körperverletzung oder Tötung ist möglich. Dagegen tritt die vorliegende Stelle gegenüber § 330, dem sie subsidiär ist, zurück. So Binding, Grundriß 3, 89. — Die Verjährung beginnt, sobald die Sicherheitsmaßregeln getroffen werden oder nach der Lage des Baues nicht mehr erforderlich sind; nach Rüd.-Stengl. 39 erst mit dem Abschlusse des Baues (unhaltbar).

XVI. Zu Nr. 15. — Die Frage, ob überhaupt polizeiliche Genehmigung erforderlich ist, bemißt sich nach Landesrecht. — Über die Richtigkeit und Zweckmäßigkeit des Bauplans steht dem Richter keine Entscheidung zu. — Fahrlässigkeit genügt. — Die im Gesetze genannten Personen sind kumulativ nebeneinander verantwortlich und können selbstverständlich über die strafrechtliche Haftbarkeit nicht unter sich disponieren. Ist landesrechtlich nur eine dieser Personen verpflichtet, die Bauerlaubnis nachzusuchen, so gereicht das den andern angesichts des StGB's nicht zum Vorteil. Entsch. d. hanseat. OLG's 162. — Die Verjährung beginnt mit dem Augenblicke, da der Bau usw. trotz mangelnder polizeilicher Genehmigung anfängt, bezw. von dem Bauplane abweicht. Ebenso Oppenh.-Del. 87, wohl auch RG, Arch. 35, 206. Dagegen läßt v. Schicker 88, der sich auf mehrere Urteile beruft, die Verjährung grundsätzlich erst mit der Vollendung des Baues anfangen. — Spezialfall GO § 147 Nr. 2.

XVII. Zu Nr. 16. — Eingeschaltet durch Ges. v. 19./6 1893. — Öffentliche Versteigerungen sind solche, an denen sich unbestimmt welche Personen als Steigerer beteiligen können. — Ob polizeiliche Anordnungen der im Gesetze erwähnten Art überhaupt ergehen können, beurteilt sich, soweit nicht GO § 38 eingreift, nach Landesrecht. Wenn dieses nicht etwas anderes bestimmt, ist es reichsrechtlich gleichgiltig, ob die Anordnung individuell oder generell erfolgt. Vergl. GO § 148 Nr. 4a.

XVIII. Zu Abs. 2. — S. §§ 40. 42.

§ 368.

Mit Geldstrafe bis zu sechszig Mark oder mit Haft bis zu vierzehn Tagen wird bestraft:

1. wer den polizeilichen Anordnungen über die Schließung der Weinberge zuwiderhandelt;
2. wer das durch gesetzliche oder polizeiliche Anordnungen gebotene Raupen unterläßt;
3. wer ohne polizeiliche Erlaubnis eine neue Feuerstätte errichtet oder eine bereits vorhandene an einen anderen Ort verlegt;
4. wer es unterläßt, dafür zu sorgen, daß die Feuerstätten in seinem

Digitized by Google

Hause in baulichem und brandsicherem Zustande unterhalten, oder daß die Schornsteine zur rechten Zeit gereinigt werden;

5. wer Scheunen, Ställe, Böden oder andere Räume, welche zur Aufbewahrung feuerfangender Sachen dienen, mit unverwahrtem Feuer oder Licht betritt, oder sich denselben mit unverwahrtem Feuer oder Licht nähert;
6. wer an gefährlichen Stellen in Wäldern oder Haiden, oder in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen Feuer anzündet;
7. wer in gefährlicher Nähe von Gebäuden oder feuerfangenden Sachen mit Feuergewehr schießt oder Feuerwerke abbrennt;
8. wer die polizeilich vorgeschriebenen Feuerlöschgerätschaften überhaupt nicht oder nicht in brauchbarem Zustande hält oder andere feuerpolizeiliche Anordnungen nicht befolgt;
9. wer unbefugt über Gärten oder Weinberge, oder vor beendeter Ernte über Wiesen oder bestellte Äcker, oder über solche Äcker, Wiesen, Weiden oder Schonungen, welche mit einer Einfriedigung versehen sind, oder deren Betreten durch Warnungszeichen untersagt ist, oder auf einem durch Warnungszeichen geschlossenen Privatwege geht, fährt, reitet oder Vieh treibt;
10. wer ohne Genehmigung des Jagdberechtigten oder ohne sonstige Befugnis auf einem fremden Jagdgebiete außerhalb des öffentlichen, zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges, wenn auch nicht jagend, doch zur Jagd ausgerüstet, betroffen wird;
11. wer unbefugt Eier oder Junge von jagdbarem Federwild oder von Singvögeln ausnimmt.

I. **Zu Nr. 1.** — Den polizeilichen Anordnungen stehen etwaige gesetzliche gleich. — Die Anordnungen können in Ge- und Verboten bestehen. — Als Schuldform genügt Fahrlässigkeit, sofern nicht etwa der Wortlaut der Anordnung entgegensteht. Unkenntnis der Anordnung an sich ist strafrechtlicher Irrtum und entschuldigt nicht. Vergl. Rotering 93.

II. **Zu Nr. 2.** — Ein Unterlassungsdelikt. Vergl. im übrigen oben I. — Ergänzungen finden sich im Landesstrafrechte, z. B. preuß. Feld- und Forstpolizeigesetz v. 1./4 1880 § 34. — Die Verjährung beginnt mit Eintritt der Jahreszeit, in welcher nicht geraupt zu werden braucht.

III. **Zu Nr. 3.** — Der Begriff der Feuerstätte umfaßt alles, was zur baulichen und brandsicheren Konstruktion der Herde und Öfen gehört, also auch die Schornsteine. Berner 722, Olsh. a. Im übrigen gehört zum Begriff, daß die Anlage auf Dauer berechnet sei. — Polizeiliche Erlaubnis zur Errichtung oder Verlegung ist immer erforderlich. — Thäter ist wie bei § 367 Nr. 14 der Leiter des Baues. Meist wird in ungerechtfertigter Weise § 367 Nr. 15 herangezogen; so z. B. Olsh. b, Rotering 95. — Die Errichtung oder Verlegung der Feuerstätte kann nur vorsätzlich erfolgen. Im übrigen aber (also namentlich hinsichtlich der Frage nach dem Vorhandensein polizeilicher Erlaubnis) genügt Fahrlässigkeit. — Die Verjährung beginnt mit Beendigung der Errichtung oder Verlegung. E 22, 435. — S. u. VII.

Digitized by Google

IV. Zu Nr. 4. — Über den Begriff der Feuerstätte s. o. zu Nr. 3. — Fahrlässigkeit genügt. Täter kann nur der Eigentümer des Hauses sein; nach Binding, Grundriß 3, 28, Olsh. c, Oppenh.-Del. 5 jeder, der an Stelle des Eigentümers die Verfügungsgewalt über das Haus hat, bezw. als dessen Vertreter in der Hausverwaltung fungiert. Dies widerspricht dem Wortlaute („in seinem Hause"). Noch weiter als Olsh. gehen Rotering 95 und Rüd.-Stengl. 4. S. allerdings GO § 151. — Die Verjährung beginnt mit dem Augenblicke, da der Zustand der Feuerstätte in baulicher oder brandsicherer Beziehung genügt, bezw. der Schornstein gereinigt ist. — S. u. VII a. E.

V. Zu Nr. 5. — Unverwahrt ist Feuer oder Licht dann, wenn keine Vorsichtsmaßregeln gegen die Mitteilung und Verbreitung nach außen an dem Feuer oder Licht selbst getroffen worden sind. Die brennende Zigarre ist unverwahrtes Feuer, desgl. eine brennende Pfeife ohne Deckel. Inwiefern der Deckel als Verwahrung gelten kann, ist im Einzelfalle zu prüfen. E 7, 201. — Ob feuerfangende Sachen zu der kritischen Zeit an dem betr. Orte vorhanden sind oder nicht, ist gleichgiltig. Immerhin aber muß der Ort schon zur Aufbewahrung solcher Sachen dienen, d. h. seiner eigentümlichen Zweckbestimmung bereits übergeben sein. Keller und Speicher in Neubauten oder unbewohnten Häusern gehören nicht hierher. — Man nähert sich einer der bezeichneten Stellen, sobald die konkrete Feuersgefahr entsteht. Das Anzünden an Ort und Stelle steht dem Betreten usw. gleich. E 30, 108. — Fahrlässigkeit genügt. — Bestritten ist die Frage, ob die Landesgesetzgebung, namentlich auch auf dem Wege der Polizeiverordnung, die in der vorliegenden Stelle gegebenen Bestimmungen spezialisieren (z. B. hinsichtlich der Art der Verwahrung) oder sogar das Betreten der bezeichneten Örtlichkeiten mit Feuer überhaupt verbieten kann. Die herrschende Lehre läßt (in sehr bedenklicher Weise) der Landesgesetzgebung den freiesten Raum. E 7, 201. Den umgekehrten Standpunkt vertrat das preuß. Obertribunal. S. Olsh. c und über die Streitfrage selbst Binding 1, 319, Rotering 96. Vergl. noch u. VII a. E.

VI. Zu Nr. 6. — Durch die Ausdrücke „an gefährlichen Stellen" und „in gefährlicher Nähe" wird gefordert, daß eine konkrete Feuersgefahr vorliegen müsse. S. o. V. — Feuer anzünden ist nicht gleichbedeutend mit „Licht machen". Vergl. Rotering 97. — Das Feueranzünden muß vorsätzlich erfolgen, im übrigen genügt Fahrlässigkeit. — Vergl. noch u. VII a. E.

VII. Zu Nr. 7. — Über gefährliche Nähe s. o. V u. VI. — Das Schießen und Abbrennen muß vorsätzlich erfolgen, im übrigen genügt Fahrlässigkeit. — Daß blindes Schießen genügt, ist hier unbestritten, weil es sich nicht um Gefährdung von Leib und Leben, sondern um Gefährdung der Gebäude usw. durch Feuer handelt. — Idealkonkurrenz mit Körperverletzung und dem Delikte aus § 367 Nr. 5 ist möglich. Dagegen ist, wie auch bei § 368 Nr. 3—6, Idealkonkurrenz mit Brandstiftung wegen subsidiärer Bedeutung der Stelle ausgeschlossen.

VIII. Zu Nr. 8. — Inwiefern die Polizei das Halten von Feuerlöschgerätschaften vorschreiben oder andere feuerpolizeiliche Anordnungen treffen kann, beurteilt sich nach Landesrecht. Dieses muß auch als ausschlaggebend angesehen werden für die Frage, ob die polizeilichen Anordnungen der hier in Rede stehenden Art nur generell oder auch speziell getroffen werden können. So im wesentlichen Olsh. a; in der Sache übereinstimmend auch Rüd.-Stengl. 7. Vergl. GO § 24. Meist werden nur generelle Anordnungen hierher gezählt. So Oppenh.-Del. 22, Rotering 100. — Zu den andern feuerpolizeilichen Anordnungen gehören namentlich auch diejenigen, welche auf die Organisation des Löschwesens Bezug haben. Z. B. Anordnungen über Pflichtfeuerwehr, über Teilnahme an Übungen. In allen derartigen Fällen kann keine andere Strafe angedroht werden als die hier vorgesehene. — Die Frage, ob die Übertretung nur vorsätzlich oder auch fahrlässig begangen werden kann, beur-

Digitized by Google

teilt sich in erster Linie nach den Spezialvorschriften. Im Zweifel genügt Fahrlässigkeit. — Bei dem Nicht- oder nicht ordnungsgemäßen Halten der Löschgeräte beginnt die Verjährungsfrist mit dem Wegfalle der Verpflichtung, bezw. mit Eintritt des ordnungsgemäßen Zustandes der Gerätschaften.

IX. Zu Nr. 9. — Das hier behandelte Delikt ist ein Verletzungsdelikt, nur wegen der Geringfügigkeit der Strafe in den letzten Abschnitt verwiesen und deshalb nur vorsätzlich begehbar. So die allgemeine Ansicht. Der Vorsatz muß hier wie sonst die Kenntnis aller Thatumstände umfassen. Da als selbstverständlich vorausgesetzt wird, daß die Weinberge usw. fremde sind (anders Nr. 1), so muß der Thäter auch dies wissen. Er muß ferner wissen, daß er ohne Befugnis handelt. Die, wenn auch irrtümliche, Annahme einer solchen Befugnis, z. B. die irrtümliche Annahme einer Dienstbarkeit, schließt mithin den Dolus aus. Vergl. § 123.

Außer dem Falle einer Dienstbarkeit wird die Rechtswidrigkeit namentlich auch durch das Vorhandensein eines (bereits anerkannten, vergl. v. Schicker 97) Notwegrechts (BGB §§ 917 ff.) oder durch ein anderes Nachbarrecht (BGB §§ 906 ff. EG z. BGB Art. 124) sowie durch Notstand (s. Bem. zu §§ 52—54 und Postgef. § 17) ausgeschlossen. Inwiefern auch berechtigte Jagdausübung hierher gehört, beurteilt sich nach Landesrecht. Überwiegend wird angenommen, daß der Jagdberechtigte zum Zwecke der Jagdausübung fremde Grundstücke betreten dürfe, jedoch für etwa angerichteten Schaden ersatzpflichtig sei. S. die Nachweisungen bei Oppenh.-Del. 25. — Bewußtes Überschreiten einer Befugnis begründet Strafbarkeit. A. A. Oppenh.-Del. 24. — Höchst inkonsequenterweise ist die Bestrafung nicht von einem Antrage abhängig. Vergl. dagegen § 123.

Durch Landesgesetze wird die vorliegende Stelle vielfach ergänzt. Vergl. EG § 2 IV.

X. Zu Nr. 10. — Das hier normierte Delikt bereitet der juristischen Konstruktion eigentümliche Schwierigkeiten. Als Polizeiübertretung betrachtet es Olsh. a, als ein gegen den Besitz des Jagdrechts gerichtetes Verletzungsdelikt Rotering 103. Den Vorzug verdient die von Binding, Lehrb. 332 vertretene Auffassung, nach welcher es sich um eine präsumierte Vorbereitungs- oder eine nicht nachweisbare Versuchshandlung zur Wilderei handelt. Daraus folgt, daß nur die vorsätzliche Begehung strafbar ist. So auch die herrschende Lehre. Vergl. Dalcke, Das preuß. Jagdrecht (1895) 24, Oppenh.-Del. 41, Rotering 103. Dagegen läßt Olsh. a Fahrlässigkeit genügen. Vergl. wegen der Konstruktion auch R 3, 352, ein Urteil, das übrigens zwischen verschiedenen Auffassungen schwankt.

Ist Vorsatz zu verlangen, so muß sich das Bewußtsein des Thäters auf alle Thatumstände erstrecken. Namentlich also muß er wissen, daß er sich auf fremdem Jagdgebiete befindet und zwar außerhalb eines öffentlichen, zum gemeinen Gebrauche bestimmten Weges, daß er zur Jagd ausgerüstet ist und daß es ihm zum Verweilen an diesem Orte in diesem Zustande an einer besonderen Befugnis fehlt. Eine Absicht zu jagen ist dagegen nicht erforderlich und ihr nachweisbarer Mangel ohne Bedeutung.

Abgesehen von der Genehmigung des Jagdberechtigten, wird eine Befugnis hauptsächlich für Beamte dadurch begründet, daß sie dienstlich in bewaffnetem Zustande zur Anwesenheit an dem betr. Orte verpflichtet oder berechtigt sind. E 16, 197. Auch der Umstand, daß der zur Jagd Ausgerüstete sich auf eigenem Grund und Boden oder auf dem Wege dahin befindet, kann die Rechtswidrigkeit ausschließen, z. B. wenn er im Begriffe ist, sich dort in rechtmäßiger Weise mittels Schießgewehrs vor Schaden zu schützen. Vergl. preuß. Ges. v. 11./7 1891 § 14. Die irrtümliche Annahme, daß der Jagdberechtigte einverstanden sei, beseitigt zwar nicht die objektive Rechtswidrigkeit, wohl aber den Vorsatz.

Zur Jagd ausgerüstet ist, wer mit zur Jagd geeignetem Geräte derart ver-

Digitized by Google

stehen ist. daß es sich bei ihr ausreichender Gelegenheit immer zum Jagen benutzen kann. Daher ist aber zu verlangen, daß sich die zur Jagd in einem nach mehr äußerlichen erkennbarer Weise von anderen unterscheidet. Wer zu fremdes Jagdgewehr in Verwahrung oder nach anderen Personen allgemeinem zu jeder Zeit, von dem kann man nicht sagen, daß er zur Jagd mitgenommen sei. Das bloße Mitnehmen eines Hundes genügt also nicht. Vergl. dazu Celle, Entsch. 39, 148 und welchem es in diesem Falle auf das Vermögen, daß man zur Jagd mitgenommen sei, ankommen soll. Der Umstand, daß der einen Hunde die Pfoten zur Hälfte gelegt oder mit einem Tuche umwickelt sind, steht der Ausrüstung zur Jagd nicht entgegen. RG. 41, 30. 4. RG. 1911. R. A. in Leipziger Zeitschrift, Jahrg. 332. Auch Celle, Monatsschrift, Entsch. 45, 488 kommt es in diesem Falle darauf an, ob die Verletzung des Gewehrs eine vorübergehende Manipulation erfordert oder nicht. Dagegen fehlt es an der Ausrüstung zur Jagd, wenn zwar ein Gewehr, aber kein Schießmaterial vorhanden ist. RG. 47). Andererseits braucht es nicht erwähnt, daß die Jagdausrüstung äußerlich sichtbar sei.

Der Ausdruck „Jagdgewehr" setzt die verschiedene Lehre lediglich als materielle Bedeutung auf und hält demgemäß die Revolverflinte z. B. RG. 352, 7, 384. Dagegen neuerdings Frankfurt, Jahrg. 32, es handle sich um eine handliche Waffe im Sinne des älteren deutschen Rechts. Bemerkt sei daß die romanische Jurisprudenz das Gewehr sagenhaft noch mehrfach. Vergl. Bruns Beiträge pénale et droit positif Preußen und Baden 1900, 115. Formel: qui sera surpris de nuit ou couvert.

Ausschluß eines jüdischen Gesetzes usw. Jedoch ist auch, wer sich in dem Irrtum befindet, E 16, 202. Gegen Kurzschluß zu Meeresstrand vergl. Celle, Monatsschrift, Entsch. 45, 469.

Zum Schutze des Jagdrechts hält E 35, 402 und zwar unter dem Gesichtspunkte der Notwehr die Wegnahme der Jagdausrüstung gegenüber des Wilderers für.

Das Logische Verhältnis der vorliegenden Stelle zu § 292 ergibt, daß Jagdausübung zu widerrechtlichem Jagen nicht möglich ist. E 13, 270. R. A. Oberamts-Zeit. 44. Man muß aber weiter fragen müssen. Daß der mangels Antrags wegen Wilderei straffreie Angehörige nicht wegen der hier normierten Übertretung bestraft werden kann. R. A. Kübler, Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und Gesetzeskonkurrenz 1900, 95.

XI. Zu Nr. 11. — Soweit sich die Stelle auf Eier und Junge von Singvögeln bezieht, findet nunmehr das Ges. betr. den Schutz von Vögeln v. 22. 3 1888 Anwendung. R. A. Entsch. Jahrg. 332. — Vorsatz ist erforderlich. — Die Befugnis zur Aneignung kann landesrechtlich beschränkt werden. In dem Rechte der Jagdausübung ist die Befugnis zum Ausnehmen der Jungen des jagdbaren Federwildes zu Zwecken enthalten, nicht aber die Befugnis zum Ausnehmen der Eier. Prinzipiell a. A. bezügl. der Eier Entsch. Kommen 1, 345. Jahrb. 332. Kübel, Württemb. Gerichtsz. 15, 300. Im Großherzogt. Hessen, dessen Recht auch in den an Preußen abgetretenen Gebietsteilen noch gilt, ist der Jagdberechtigte allerdings zum Ausnehmen der Eier befugt, desgl. bezügl. Eier von Raubvögeln der Grundeigentümer (Ges. v. 19. 7 1858 Art. 26), in Preußen dagegen der Jagdberechtigte nur in sehr beschränkter Weise (Ges. v. 26. 2 1870 § 6.

§ 369.

Mit Geldstrafe bis zu einhundert Mark oder mit Haft bis zu vier Wochen werden bestraft:

1. **Schlosser, welche ohne obrigkeitliche Anweisung oder ohne Genehmigung des Inhabers einer Wohnung Schlüssel zu Zimmern oder Behältnissen in der letzteren anfertigen oder Schlösser an denselben öffnen, ohne**

Digitized by Google

Genehmigung des Hausbesitzers oder seines Stellvertreters einen Hausschlüssel anfertigen, oder ohne Erlaubnis der Polizeibehörde Nachschlüssel oder Dietriche verabfolgen;

2. Gewerbtreibende, bei denen zum Gebrauche in ihrem Gewerbe geeignete, mit dem gesetzlichen Aichungsstempel nicht versehene oder unrichtige Maße, Gewichte oder Wagen vorgefunden werden, oder welche sich einer anderen Verletzung der Vorschriften über die Maß- und Gewichtspolizei schuldig machen;
3. Gewerbtreibende, welche in Feuer arbeiten, wenn sie die Vorschriften nicht befolgen, welche von der Polizeibehörde wegen Anlegung und Verwahrung ihrer Feuerstätten, sowie wegen der Art und der Zeit, sich des Feuers zu bedienen, erlassen sind.

Im Falle der Nr. 2 ist neben der Geldstrafe oder der Haft auf die Einziehung der vorschriftswidrigen Maße, Gewichte, Wagen oder sonstigen Meßwerkzeuge zu erkennen.

I. **Haftbarkeit.** — Für die Frage, wer wegen der in dieser Stelle normierten Delikte haftbar werden kann, ist GO § 151 Abs. 1 von großer Bedeutung:

Sind bei der Ausübung des Gewerbes polizeiliche Vorschriften von Personen übertreten worden, welche der Gewerbetreibende zur Leitung des Betriebes oder eines Teiles desselben oder zur Beaufsichtigung bestellt hatte, so trifft die Strafe diese letzteren. Der Gewerbetreibende ist neben denselben strafbar, wenn die Übertretung mit seinem Vorwissen begangen ist, oder wenn er bei der nach den Verhältnissen möglichen eigenen Beaufsichtigung des Betriebes, oder bei der Auswahl oder der Beaufsichtigung der Betriebsleiter oder Aufsichtspersonen es an der erforderlichen Sorgfalt hat fehlen lassen.

Daß diese Vorschrift nicht etwa nur für die in der GO selbst enthaltenen Bestimmungen oder für die auf Grund derselben erlassenen Polizeiverordnungen gilt, kann bei der allgemein gehaltenen Fassung keinem Bedenken unterliegen. Es kommt hinzu, daß auch bei andern, namentlich bei den hier zu behandelnden Delikten das Bedürfnis besteht, den Eigentümer des Betriebes selbst strafrechtlich zu entlasten. Will man dies nicht, so gelangt man teils zu einer Überspannung des Begriffes der Fahrlässigkeit, teils zur gänzlichen Straflosigkeit, nämlich bei solchen Betrieben, die sich im Eigentum einer juristischen Person befinden. Vergl. Frank, Ztschr. 14, 435. Zustimmend Binding, Grundriß 3, 28.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 151 ist (abgesehen von der Begehung der Übertretung bei Ausübung des Gewerbes) nur, daß es sich um die Übertretung *polizeilicher* Vorschriften handelt. Polizeiliche Natur aber ist gerade bei den *hier* in Frage kommenden Delikten durchweg zu behaupten. So auch Olsh. e zu Nr. 1, während nach Rotering 107 die ersten beiden der in Nr. 1 auftretenden Delikte als Privatrechts*verletzungen* (Besitzstörungen) erscheinen.

Zur Leitung des Betriebes bestellt im Sinne der GO § 151 ist aber der zur *technischen* Leitung Bestellte. Vergl. E 21, 287.

II. **Zu Nr. 1.** — *Thäter* können nur Schlosser sein, d. h. Personen, die gewerbsmäßig Schlosserarbeiten verrichten, gleichgiltig, ob als Meister oder Gesellen, gleichgiltig auch, ob sie das Handwerk ordentlich erlernt haben oder nicht. So Olsh. a. Aber auch der Schlosser*lehrling* wird als Schlosser angesehen werden müssen. Verantwortlich als Thäter ist zunächst die Person, welche die betr. Handlung

Digitized by Google

vornimmt, d. h. den Schlüssel anfertigt, das Schloß öffnet usw. Die Aufsichtsperson (der Meister) kann aber unter dem Gesichtspunkte der Anstiftung strafbar sein. Aus der Haftbarkeit der Aufsichtsperson läßt sich dann unter Vermittlung von GO § 151 (s. o. I) die des Betriebseigentümers ableiten. Vergl. auch die Vorbem. z. 3. Abschn. des 1. Teils, bes. III und IV. — Der Besteller der Arbeit erscheint, wenn sie mit Vorsatz ausgeführt wird, als Anstifter. — Fahrlässigkeit genügt auf seiten des Thäters. S. o. I. — Idealkonkurrenz mit Beihilfe zum Diebstahl ist möglich. So v. Kries, Ztschr. 7, 572. — Olsh. e hält auch Idealkonkurrenz mit Diebstahl selbst für denkbar.

III. Zu Nr. 2. — Die Stelle nimmt als Blankettgesetz stillschweigend Bezug auf die Maß- und Gewichtsordnung für den Norddeutschen Bund v. 17./8 1868 (wiederholt geändert, zuletzt durch Ges. vom 26./4 1893), die inzwischen zum Reichsgesetze erhoben worden ist, namentlich auch (mit geringen, hier nicht in Betracht kommenden Modifikationen) in Bayern gilt. Vergl. Gesetze v. 16./4 und 26./11 1871. Die Maß- und Gewichtsordnung bestimmt im Art. 10:

> Zum Zumessen und Zuwägen im öffentlichen Verkehre dürfen nur in Gemäßheit dieser Maß- und Gewichtsordnung gehörig gestempelte Maße, Gewichte und Wagen angewendet werden.
>
> Der Gebrauch unrichtiger Maße, Gewichte und Wagen ist untersagt, auch wenn dieselben im übrigen den Bestimmungen dieser Maß- und Gewichtsordnung entsprechen. Die näheren Bestimmungen über die äußersten Grenzen der im öffentlichen Verkehre noch zu duldenden Abweichungen von der absoluten Richtigkeit erfolgen . . . . . durch den Bundesrat.

Ebenso wie diese Stelle bezieht sich auch das StGB nur auf den öffentlichen Verkehr und zwar auf den öffentlichen Verkehr der Gewerbetreibenden, nicht z. B. der Privatpersonen, Beamten, Landwirte. (Diese letzteren rechnet jedoch das OLG Stettin zu den Gewerbetreibenden, sofern es ihr Beruf mit sich bringe, daß sie Vieh, Getreide oder sonstige Produkte nach Gewicht verkaufen. Arch. 40, 354.) Die Beziehung zum öffentlichen Verkehre aber kommt zum Ausdrucke in der Wendung „vorgefunden werden". Es hat nämlich landesrechtlich die Polizei die Befugnis, sich durch Revisionen von der Richtigkeit und Vorschriftsmäßigkeit der Maße und Gewichte zu überzeugen, wo öffentlicher Verkehr gepflogen wird. An den Orten, an welchen er öffentlichen Verkehr pflegt, d. h. dem Publikum Gegenstände ab- oder zumißt, darf der Gewerbetreibende nur solche zum Gebrauche in seinem Gewerbe geeignete Maße, Gewichte oder Wagen haben, die den gesetzlichen oder verordneten Bestimmungen entsprechen.

Dieser Auslegung stehen v. Schicker 102 und das preußische Obertribunal am nächsten. Letzteres verlangt ein „Vorfinden im öffentlichen Verkehr". Oppenhoff, Rechtsprechung des Königl. Obertribunals in Strafsachen 14, 267. — Die herrschende Lehre giebt nur zu, daß die Maße usw. sich bei dem Gewerbetreibenden als solchem vorgefunden haben müssen, und daß die Stelle nicht zutrifft, wenn sie sich in den von den Geschäftsräumen völlig getrennten Privaträumen vorfinden. Olsh. d, Oppenh.-Del. 17. Die Konsequenzen dieser Ansicht sind gänzlich unannehmbar. Es müßte z. B. der Eisenhändler bestraft werden, der verbrauchte Gewichte und Wagen als Alteisen auf Lager hat.

Aus der hier vertretenen Auffassung ergiebt sich, daß der Fabrikant oder Grossist im allgemeinen nicht unter die vorliegende Stelle fällt. Er unterhält im allgemeinen keinen öffentlichen Verkehr. Er wägt und mißt nicht für jede beliebige Person, sondern nur für seine mehr oder weniger individuell bestimmten Kunden. Er wägt und mißt auch nicht in der Meinung, daß der andere Teil die Ware auf Treu und Glauben hinnehme, sondern in der bestimmten Voraussicht einer Nachprüfung. Die ratio legis liegt aber gerade darin, eine Garantie für die Fälle der ersten Art zu

Digitized by Google

schaffen. — Anders freilich, wenn der Fabrikant gleichzeitig Käufer oder Verkäufer en détail ist, z. B. einzuschmelzendes Alteisen von jedermann einkauft.

Es folgt weiter, daß Maße usw., die zwar in gewerblichen, aber nur dem innern Geschäftsbetriebe dienenden Räumlichkeiten vorgefunden werden, nicht hierher gehören. Damit stimmt die Ansicht des preuß. Oberverwaltungsgerichts insofern überein, als es zwangsweise Gewichtsrevision in derartigen Lokalitäten für unstatthaft erklärt. Entscheidungen des Königl. preuß. Oberverwaltungsgerichts 27, 325 und ein Urteil desselben Gerichts v. 4./10 1899.

Erforderlich ist ferner, daß die Maße usw. zum Gebrauche in dem betr. Gewerbe geeignet, nicht aber, daß sie dazu bestimmt sind. In solchen Lokalen, in denen er im Verkehre mit dem Publikum wägt, darf der Kaufmann daher unrichtige oder ungeaichte Wagen usw. selbst dann nicht haben, wenn sie zurückgelegt oder Verkaufsobjekte sind, vorausgesetzt natürlich, daß er sie nach der Art seines Geschäftsbetriebes zum Wägen usw. in diesem benutzen kann.

Unrichtig ist ein Maß, Gewicht oder eine Wage dann, wenn die zulässige Fehlergrenze überschritten wird. S. den Bundesratsbeschluß in der Bekanntmachung des Reichskanzlers v. 27./7 1885 (Reichsgesetzbl. S. 203 ff.). Der Umstand, daß das Maß usw. geaicht ist, steht der Bestrafung wegen Unrichtigkeit — bei vorhandenem Verschulden — nicht entgegen. — Unrichtig ist ein Maß oder Gewicht nicht schon dann, wenn es in dieser Form unzulässig ist. Doch kann in diesem Falle eine andere Verletzung der Vorschriften über die Maß- oder Gewichtspolizei vorliegen. Maß- und Gewichtsordnung Art. 18 und Aichordnung für das Deutsche Reich v. 27./12 1884 (Reichsgesetzbl. v. 1885 S. 16 ff.) mit zahlreichen Nachträgen. Andere polizeiliche Vorschriften s. z. B. in den Bekanntmachungen v. 17./6 1875, 24./10 1882 (Centralbl. f. d. Deutsche Reich von 1875 S. 374 und von 1882 S. 418), 14./1 1893 (Reichsgesetzbl. S. 7 ff.), 2./7 1897 (Beil. z. Nr. 31 d. Reichsgesetzbl.). S. das Register z. Reichsgesetzbl. s. v. Aich —. Olsh. e II 1 nimmt an, daß die in der Aichordnung enthaltenen Vorschriften nur für die Aichämter gelten und daß daher diese Vorschriften von den Gewerbetreibenden nicht übertreten werden könnten. Ebenso preuß. Obertribunal Urt. v. 7./1 1875; vergl. Oppenhoff, Rechtsprechung usw. **16**, 33. A. A. Oppenh.-Del. 23. Man kann indessen die Frage nicht einheitlich entscheiden, es kommt vielmehr stets darauf an, ob eine Rechts- oder eine Verwaltungsverordnung vorliegt. Letzteres ist bezgl. aller Vorschriften anzunehmen, die nicht im Reichsgesetzblatt veröffentlicht sind. Verwaltungsverordnungen können nicht von den Gewerbetreibenden übertreten werden.

Ein Verschulden des Gewerbetreibenden ist stets erforderlich. Es kann sich sowohl auf die mangelhafte Beschaffenheit des Maßes usw. als auch darauf beziehen, daß es sich gerade an dieser Stelle befindet. Fahrlässigkeit genügt. S. o. I.

Über Einziehung vergl. Abs. 2.

IV. **Zu Nr. 3.** — Ob auch individuell gegebene Vorschriften hierher zählen, ist bestritten, aber zu bejahen, sofern die Polizei ihre landesrechtliche Zuständigkeit nicht überschritten hat. Ebenso Berner 729, Olsh. a, Oppenh.-Del. 28. — Als Verschulden genügt Fahrlässigkeit. S. o. I.

V. **Zum zweiten Absatze.** — Vergl. § 40 II 1. Zulässig ist die Einziehung nur, wenn die Gewichte dem bestraften Gewerbetreibenden gehören. Denn da, wo es auf die Eigentumsverhältnisse nicht ankommt, hebt das Gesetz dies stets ausdrücklich hervor; z. B. § 295. Ebenso Binding, Grundriß **3**, 289. A. A. Olsh. f.

§ 370.

Mit Geldstrafe bis zu einhundertfunfzig Mark oder mit Haft wird bestraft:

Digitized by Google

1. wer unbefugt ein fremdes Grundstück, einen öffentlichen oder Privatweg oder einen Grenzrain durch Abgraben oder Abpflügen verringert;
2. wer unbefugt von öffentlichen oder Privatwegen Erde, Steine oder Rasen, oder aus Grundstücken, welche einem Anderen gehören, Erde, Lehm, Sand, Grand oder Mergel gräbt, Plaggen oder Bülten haut, Rasen, Steine, Mineralien, zu deren Gewinnung es einer Verleihung, einer Konzession oder einer Erlaubnis der Behörde nicht bedarf, oder ähnliche Gegenstände wegnimmt;
3. wer von einem zum Dienststande gehörenden Unteroffizier oder Gemeinen des Heeres oder der Marine ohne die schriftliche Erlaubnis des vorgesetzten Kommandeurs Montierungs- oder Armaturstücke kauft oder zum Pfande nimmt;
4. wer unberechtigt fischt oder krebst;
5. wer Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Werte oder in geringer Menge zum alsbaldigen Verbrauche entwendet.

   Eine Entwendung, welche von Verwandten aufsteigender Linie gegen Verwandte absteigender Linie oder von einem Ehegatten gegen den anderen begangen worden ist, bleibt straflos;
6. wer Getreide oder andere zur Fütterung des Viehes bestimmte oder geeignete Gegenstände wider Willen des Eigentümers wegnimmt, um dessen Vieh damit zu füttern.

In den Fällen der Nr. 5 und 6 tritt die Verfolgung nur auf Antrag ein. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

I. **Zu Nr. 1.** — Da Diebstahl nur an beweglichen Sachen begangen werden kann, so mußte der Gesetzgeber für den hier behandelten Fall, wenn er ihn überhaupt bestraft wissen wollte, eine besondere Bestimmung geben. Im übrigen liegt eine Verwandtschaft mit Diebstahl jedenfalls darin, daß es sich um ein Verletzungsdelikt handelt und Vorsatz erforderlich ist. — Bei den Objekten der Handlung bezieht sich das Attribut fremd nur auf das Grundstück. Beim Abgraben oder Abpflügen eines Privatweges, der im Eigentum des Thäters steht, fehlt aber das Erfordernis des unbefugten Handelns. Ebenso die meisten. Vergl. Berner 730, Rüd.-Stengl. 1, Binding, Lehrb. 316. A. A. Olsh. c, insofern er das von dem Eigentümer des Privatwegs vorgenommene Abgraben dann für ein unbefugtes hält, wenn es eine fremde Dienstbarkeit verletzt. In der That kann es in einem solchen Falle wohl rechtswidrig, aber nicht unbefugt sein. — Die Handlung besteht im Verringern durch Abgraben oder Abpflügen in der Art, daß zwar das Abgegrabene nicht von seiner Stelle entfernt wird, aber die Grenze sich äußerlich verschiebt. Wer Erde wegschafft, ohne die Grenze zu beeinflussen, kann unter Umständen auf Grund der Nr. 2 bestraft werden. Man folgert hieraus, daß Thäter nur der Nachbar oder eine für ihn oder in seinem Interesse handelnde Person sein könne. So Olsh. b. Jedoch mit Unrecht; denn das anliegende Grundstück kann herrenlos sein, z. B. ein öffentlicher Fluß. Man darf deshalb auch nicht sagen, daß die Absicht des Thäters auf Aneignung von fremdem Grund und Boden gerichtet sein müsse. A. A. Berner 729. Mit der hier vertretenen Ansicht durchaus übereinstimmend Binding, Lehrb. 316. — Idealkonkurrenz mit § 274 Nr. 2 ist möglich, namentlich dann, wenn der Thäter

Digitized by Google

den Grenzrain in dem Maße verringert, daß dieser als solcher vernichtet oder daß die Grenze unkenntlich gemacht wird. E 22, 286.

II. Zu Nr. 2. — Objekte der hier unter Strafe gestellten Handlungen sind überall fremde Sachen. Zwar wird dies bei den Privatwegen nicht ausdrücklich gesagt; da aber nicht denkbar ist, daß die Handlungen an dem eigenen Privatwege unbefugte sein könnten (s. o. I), so wird man hier das Erfordernis als selbstverständlich ansehen dürfen. So die herrschende Lehre; im Ergebnis weicht auch Olsh. b kaum ab. Vergl. Lehr, An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? (1894) 24 ff. — Die Handlungen haben das Gemeinsame, daß sie die Substanz eines fremden Grundstücks verringern, ohne jedoch dessen Grenze zu beeinflussen. In diesem letzteren Umstande liegt das Unterscheidende gegenüber Nr. 1. Fehlt es aber an der Substanzverringerung, so trifft auch die vorliegende Stelle nicht zu; also namentlich dann nicht, wenn von einem Grundstücke solche Sachen weggenommen werden, die nicht als Bestandteile des Grundstücks erscheinen. R 9, 313. Z. B.: Chausseesteine, die zur Aufbesserung des Weges dienen sollen, aber vorläufig noch in Haufen liegen; Dünger und Straßenkot, bevor sie völlig vermodert oder durch Umpflügen oder auf andere Weise zum Bestandteile des Grund und Bodens geworden sind (so Lehr a. a. O. 25; im wesentlichen auch Olsh. e, während Oppenh.-Del. 6 den ausgebreiteten Dünger und den Straßenkot stets hierher rechnet); ferner nicht: bereits von einem andern (wenn auch rechtswidrig) gegrabener Sand oder Knochen. Sofern nicht etwa die Feldpolizeigesetze eingreifen (EG § 2), kann durch die Wegnahme solcher Gegenstände der Begriff des gemeinen Diebstahls erfüllt werden. — Aus dem Gesagten ergiebt sich, wie weit die Grenzen für den Begriff ähnlicher Gegenstände zu ziehen sind. Auch diese nämlich müssen vor der Wegnahme Bestandteile des fremden Grundstücks sein; z. B. ausgestochener Torf, Eis, Steinkohlen, Tropfsteingebilde. E 21, 27. Die Wegnahme von Früchten dagegen fällt unter die Feldpolizeigesetze oder — sofern diese nicht eingreifen — unter den Begriff des gemeinen Diebstahls. — Die Handlung würde ohne die vorliegende Stelle je nach dem begleitenden Vorsatze bald als Diebstahl, bald als Sachbeschädignng erscheinen. Es kann aber nicht bezweifelt werden, daß gegenüber beiden Delikten ein Spezialfall geschaffen wird. Wenn die herrschende Lehre die Zueignungsabsicht als etwas selbstverständliches fordert, das Delikt also nur für einen privilegierten Diebstahl hält, so ist dem nicht beizutreten. Wer dem Berechtigten einen Schabernack zufügen will, indem er etwa die Mineralien gräbt, um sie verwittern zu lassen, ist nicht minder auf Grund gerade dieser Stelle zu strafen. Richtig ist nur, daß das Hinzutreten der Zueignungsabsicht die Handlung nicht zum gemeinen Diebstahl macht. Zustimmend Olsh. d. Im übrigen ist es sicher, daß Vorsatz erfordert wird.

III. Zu Nr. 3. — Die Stelle stammt aus dem preuß. Landrecht (§ 1316 Tit. 20 Tl. II). Sie soll hauptsächlich den Fiskus wegen der möglicherweise eintretenden Beeinträchtigung seines Eigentumsrechtes schützen. Daher ist das Delikt ein polizeiliches und auch fahrlässig begehbar. Ebenso Olsh. c, a. A. Binding, Lehrb. 395, der jedoch annimmt, daß der Dolus präsumiert werde. Es folgt aber weiter, daß das Eigentum des Verkäufers oder Verpfänders dem Thatbestande nicht entgegensteht. Ist der Fiskus Eigentümer, und trifft den Käufer das erforderliche Verschulden, so liegt je nach Umständen Partiererei oder Beihilfe zur Unterschlagung vor. — Der Ausdruck Dienststand wird aufzufassen sein als „aktives Heer" oder „aktive Marine." Vergl. RMG § 38. Wer einem zur Reserve beurlaubten Einjährig-Freiwilligen dessen Uniform ablauft, macht sich daher nicht strafbar.

IV. Zu Nr. 4. — Über den Begriff des Fischens und Krebsens s. die Ausführungen bei Behandlung des qualifizierten Falles § 296 I. — Unberechtigt ist das Fischen usw. dann, wenn der Thäter an dem betr. Orte zu fischen nicht berechtigt ist. Vergl. § 292 III und E 13, 195. Nach diesem Urteil ist auf Grund der vorliegenden Stelle strafbar, wer von dem Fischereiberechtigten die Erlaubnis bekommen hat, für ihn zu

Digitized by Google

fischen, in der That aber für sich selbst fischt. — Übertretung der Schonzeit ist nur landesrechtlich strafbar. — Das Antragserfordernis ist durch die Novelle v. 26./2 1876 schlechthin beseitigt und damit eine fühlbare Inkongruenz mit § 292 geschaffen worden. — Zu bemerken ist, daß die Fischgeräte der Einziehung nicht unterliegen.

V. **Zu Nr. 5.** — Der Genußmittelbiebstahl oder Mundraub stellt sich zunächst als ein privilegierter Fall des Diebstahls dar und bietet so, wenn auch in beschränktem Maße, einen Ersatz dafür, daß bei dem einfachen Diebstahl keine mildernden Umstände zugelassen sind. Da der zweite Absatz der Nr. 5 die Vorschrift des §§ 247 im wesentlichen wiederholt, so folgt, daß die übrigen in dem 19. Abschn. für den Diebstahl gegebenen Spezialbestimmungen für den Mundraub nicht gelten. Vergl. Lehr, An welchen Sachen kann kein gemeiner Diebstahl begangen werden? (1894) 26. 27. Namentlich also finden die im § 243 normierten Erschwerungsgründe auf den Mundraub keine Anwendung. So die herrschende Lehre, auch das RG, z. B. E 8, 423; a. A. Binding 1, 335, vers. Lehrb. 308. Neuerdings eingehend für die herrschende Lehre Goldschmidt, Arch. 47, 263.

Wenn der Thäter in der Absicht einsteigt, Nahrungs- oder Genußmittel zum Zwecke des alsbaldigen Gebrauchs zu entwenden, thatsächlich aber andere Sachen wegnimmt, so begeht er lediglich einen einfachen Diebstahl. Dagegen nehmen E 8, 433. 9, 297 schweren Diebstahl an, während E 14, 312 einen praktisch ungangbaren Mittelweg einschlägt. S. darüber § 243 III 3. Gegen das RG auch Friedländer, Ztschr. 11, 405, Schlosky, Der Mundraub (1897) 36 ff., Goldschmidt, Arch. 47, 261 ff. 348 ff., Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen (1901) 225. Wenn umgekehrt der Thäter in der Absicht einsteigt, andere Sachen wegzunehmen, aber nur Nahrungs- oder Genußmittel zum alsbaldigen Verbrauche entwendet, so konkurrieren grundsätzlich Mundraub und versuchter schwerer Diebstahl ideell: E 30, 60. Liegt jedoch hinsichtlich der andern Sachen ein freiwilliger Rücktritt vor, so ist in Konsequenz der § 243 III 3 vertretenen Auffassung ausschließlich Mundraub anzunehmen. Wenn endlich der Thäter mit unbestimmtem Diebstahlsvorsatze eingestiegen ist und nunmehr Genußmittel entwendet, so konkurriert versuchter schwerer Diebstahl mit vollendetem Genußmittelbiebstahl ideell. Dagegen nimmt Friedländer a. a. O. 404 Realkonkurrenz an. S. über die sehr bestrittene Frage noch Berger, Mundraub (1895) 98 ff.

Ist ein mittels Einbruchs oder Erbrechens von Behältnissen verübter Mundraub nicht als schwerer Diebstahl zu bestrafen, so liegt doch kein Grund vor, in derartigen Fällen Konkurrenz mit Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch zu verneinen. Olsh. i und R 10, 418 nehmen wohl mit Recht Realkonkurrenz an. Vergl. § 44 V 1.

Darüber, daß eine Verurteilung wegen Mundraubs keinen Rückfall begründet, s. § 245 II 1, und darüber, daß der Mundraub niemals als räuberischer Diebstahl aufgefaßt werden kann, § 252 II 1.

Der Mundraub ist aber nicht nur ein Spezialfall des Diebstahls, sondern gleichzeitig der Unterschlagung. Der indifferente Ausdruck „entwenden" läßt sich ebenso auf die Zueignung ohne Wegnahme wie auf die mit Wegnahme beziehen. Es ist auch nicht abzusehen, weshalb das Gewahrsamsverhältnis des Thäters, das doch sonst eine strafmildernde Wirkung ausübt, hier plötzlich die entgegengesetzte Folge nach sich ziehen soll, um so weniger, als die Verlockung gerade dann sehr nahe liegt, wenn dem Thäter die Sache ohnehin leicht zugänglich ist. Endlich spricht für diese Auffassung auch die von Berger a. a. O. 79. 80 erörterte Entstehungsgeschichte der Bestimmung. Ebenso die in der Theorie herrschende Lehre. Vergl. Binding, Lehrb. 307/8, Friedländer, Ztschr. 11, 399, v. Liszt § 129, Schlosky a. a. O. 9. A. A. Meyer 564, Oppenh.-Del. 17, Rüd.-Stengl. 17, E 24, 38. Folgerichtig gelangt man vom Standpunkte der hier vertretenen Auffassung zu der Annahme, daß auch die Amtsunterschlagung des § 350 durch die vorliegende Stelle ausgeschlossen wird. Ebenso Olsh. a; a. A. Schlosky a. a. O. 25, Binding, Lehrb. 308/9 und natürlich auch das RG, vergl. E 35, 115.

Digitized by Google

Dagegen ist der Mundraub kein Spezialfall des Raubes. Gewaltsame Wegnahme von Nahrungsmitteln usw. ist mithin als Raub zu bestrafen. Ebensowenig natürlich ein Spezialfall der Erpressung.

Gegenüber den Feld- und Forstpolizeigesetzen tritt die vorliegende Stelle gleichfalls zurück. Vergl. E 28, 260.

Zu den einzelnen Thatbestandsmomenten des Mundraubes ist folgendes zu bemerken:

1. Objekte sind (menschliche) Nahrungs- oder Genußmittel von unbedeutendem Wert oder in geringer Menge. Unter Genußmitteln sind solche Gegenstände zu verstehen, welche dem Körper zugeführt, dadurch verbraucht werden und durch die Zuführung ein angenehmes Gefühl hervorrufen. Dabei ist es gleichgiltig, ob es einer voraufgehenden Zubereitung bedarf oder nicht. E 1, 224 (Saatkartoffeln). 13, 371 (Getreide). Eine scharfe Scheidung der Nahrungs- und Genußmittel voneinander ist nicht möglich, aber auch entbehrlich. So kann das Bier bald dieses, bald jenes sein. Zweifellos Genußmittel sind Tabak und Zigarren. Dagegen nicht solche Gegenstände, die dem Körper nicht zugeführt oder zwar zugeführt, aber durch die Zuführung nicht verbraucht werden. Daher gehört die Entwendung von Brennmaterialien oder Blumen nicht hierher. E 4, 74. 9, 45. Anderseits steht der Umstand, daß dem Thäter ein Stoff nur aus ganz persönlicher Liebhaberei ein angenehmes Gefühl erregt, seinem Begriff als Genußmittel nicht entgegen. So Schlosky a. a. O. 16. A. A. Olsh. d α, insofern er den Begriff des Nahrungsmittels in dem entsprechenden Falle nicht anwenden will. Dagegen fallen Heilmittel grundsätzlich nicht unter den Begriff der Genußmittel. Eine häufige Ausnahme wird besonders Morphium machen. Wenn Olsh. d β annimmt, daß die Zuführung in den Körper nur durch den Mund erfolgen könne, so hat er offenbar an Morphium nicht gedacht. — Wann der Wert unbedeutend oder die Menge gering ist, läßt sich nicht näher bestimmen. Es muß hier das freie richterliche Ermessen entscheiden. Immerhin aber sind in einzelnen Beziehungen Rechtsregeln aufzustellen. Zunächst ist ein möglichst objektiver Maßstab anzulegen. Der Umstand, daß mehrere Personen an der That beteiligt sind und sämtlich mitgenießen wollen, ist nicht geeignet, eine an sich große Quantität zu einer kleinen zu machen. E 13, 371. Aus dem Wesen der Mitthäterschaft folgt, daß nicht die Einzelbeträge, sondern der Gesamtbetrag entscheidet (E 8, 406. R 6, 422), desgleichen aus dem Wesen des fortgesetzten Delikts, daß die Summe der in fortgesetzter Thäterschaft entwendeten Gegenstände maßgebend ist (R 10, 333; a. A. Friedländer a. a. O. 412, v. Liszt § 129; gegen die Möglichkeit eines fortgesetzten Delikts beim Mundraub Rathenau, Zur Lehre vom fortgesetzten Verbrechen [1896] 63 ff.). — Die Erfordernisse des unbedeutenden Wertes oder der geringen Menge sind nicht kumulativ, sondern alternativ aufgestellt, sodaß das eine oder das andere genügt. Ist die Quantität gering, so wäre es falsch, Mundraub deshalb zu verneinen, weil der Wert ein erheblicher ist. E 16, 63.
2. Die Entwendung muß zum alsbaldigen Verbrauche erfolgen. Es wird also die Diebstahlsabsicht (Absicht der rechtswidrigen Zueignung) in bestimmter Richtung spezialisiert. Daß aber ein generischer Unterschied zwischen der Zueignungs- und der Verbrauchsabsicht nicht besteht, folgt aus § 242 VII 2a. Die Vertreter der umgekehrten Ansicht, gegen die sich auch Friedländer a. a. O. 401 wendet, würden in der That ratlos sein, wenn größere Quantitäten von bedeutenderem Werte zum Zwecke alsbaldigen Verbrauchs entwendet werden. — Der alsbaldige Verbrauch ist nicht zu verwechseln mit dem sofortigen. Deshalb steht die Absicht der vorhergehenden Zubereitung nicht entgegen. E 10, 308. Vergl. auch E 33, 301. Im übrigen ist das richterliche Ermessen hinsichtlich der Zeit, die zwischen der Entwendung einerseits und dem beabsichtigten Verbrauche anderseits liegen darf, sehr frei gestellt. Auch fordert das Gesetz nicht den beabsichtigten eigenen Verbrauch des Thäters. Wer ein Stück Konfekt entwendet, damit ein anderer es alsbald esse, begeht Mundraub. Dies

Digitized by Google

wird (wenn auch mit gewissen Einschränkungen) fast allgemein zugegeben, namentlich auch von E 13, 371. A. A. jedoch Oppenh.-Del. 19. Wenn man aber ebenso allgemein behauptet, daß die Absicht zu verschenken sich mit der Absicht des alsbaldigen Verbrauchs nicht vertrage, so liegt darin ein Widerspruch. Vielmehr sind beide Absichten sehr wohl vereinbar, und es liegt unbedingt Mundraub vor, wenn der Vater das von ihm entwendete Konfekt seinem Kinde schenken will, vorausgesetzt nur, daß dieses alsbald essen soll. Die herrschende Lehre fordert, daß der dritte kein selbständiges Verfügungsrecht erhalten dürfe. Vergl. § 259 IV 2. — Ebensowenig kann die sehr häufig aufgestellte, besonders in der älteren preußischen Rechtsprechung vertretene Ansicht gebilligt werden, daß der Mundraub zur Befriedigung eines augenblicklichen, persönlichen, physisch wirkenden Bedürfnisses oder Gelüstes erfolgen müsse. Der bekämpften Meinung auch Berger a. a. O. 74, Olsh. g, Oppenh.-Del. 19, E 10, 308. Der Geizhals, der augenblicklich keinen Hunger fühlt, begeht Mundraub, wenn er eine ihm nicht einmal angenehme Speise entwendet, in der Absicht, sie nach Ablauf einer Stunde zu verzehren. Dieser Standpunkt wird denn auch von E 17, 332 vertreten, ohne daß jedoch der Gegensatz zu andern Urteilen mit voller Schärfe hervorträte. — Dagegen ist allerdings die Absicht zu verkaufen regelmäßig nicht und die Absicht einen Vorrat zu sammeln niemals mit der des alsbaldigen Verbrauchs vereinbar. Vergl. dazu RG, Arch. 48, 300. — Anderseits wiederum kommt es auf die thatsächliche Verwirklichung der Verbrauchsabsicht nicht an. Das Delikt bleibt Mundraub, auch wenn die entwendete Sache nachträglich nicht verbraucht wird, und es ist nicht richtig, wenn Friedländer a. a. O. 417 bei andersartiger Verwendung ein besonderes Delikt (Unterschlagung) annimmt.

Daß neben der bezeichneten Absicht Vorsatz in allen Beziehungen verlangt wird, unterliegt keinem Zweifel. Fraglich aber ist die Behandlung der Fälle, in welchen der Thäter die entwendete Sache für ein Nahrungs- oder Genußmittel hält, ohne daß sie es wirklich ist. Hier ist gemäß der Ausführungen zu § 59 II 2 a. E. gleichwohl nur Mundraub anzunehmen. A. A. E 8, 165 (es liege gemeiner Diebstahl vor). Gegen das RG auch Olsh. b β.

Zum zweiten Absatz der Nr. 5 vergl. § 247 Abs. 2. Die Frage, inwiefern § 247 Abs. 3 analoge Anwendung findet, ist bestritten. Aus dem Wortlaute der vorliegenden Stelle ergiebt sich, daß die Angehörigenqualität des Thäters (§ 52) ein objektiver Strafausschließungsgrund, strafbare Anstiftung oder Partiererei also nicht möglich ist. Dem einen Mitthäter kommt dagegen die Angehörigenqualität des andern nicht zu gute. Soweit übereinstimmend Olsh. Schlußnote a. Ist der Thäter ein Fremder, der Anstifter ein Angehöriger, so ist allerdings die analoge Anwendung des § 247 Abs. 3 gerechtfertigt. S. das. IV. Aus den Bemerk. das. ergiebt sich, daß der Partierer auch als Angehöriger strafbar ist. Dagegen kommt die Strafbarkeit des Gehilfen und des Begünstigers überhaupt nicht in Frage, weil es sich um eine Übertretung handelt.

Das Antragserfordernis wird durch Abs. 2 der Nr. 6 allgemein aufgestellt. Daraus und unter Berücksichtigung von § 64 Abs. 2 ergiebt sich, daß die rechtzeitige Zurücknahme des Strafantrags gegen einen Beteiligten unter allen Umständen zu Gunsten aller wirkt. E 28, 324. Verletzt ist wie bei gemeinem Diebstahl (vergl. § 247 I) sowohl der Eigentümer wie der Gewahrsamsinhaber. Mithin sind auch beide antragsberechtigt.

VI. Zu Nr. 6. — Sog. Futterdiebstahl. Es steht dabei eine Handlung in Frage, die im Interesse des Eigentümers erfolgt und deshalb nicht als Diebstahl angesehen werden kann. Vergl. § 242 IX 2 c. So zahlreich diese Handlungen an sich sind, so ist doch nur diese unter Strafe gestellt. Während also der Mundraub als Spezialfall des Diebstahls erscheint, ist der Futterdiebstahl ein von dem echten Diebstahl generisch verschiedenes Delikt. So die herrschende Ansicht. Abweichend jedoch u. a. Dörr, Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen (1897) 169. Man streitet ferner

Digitized by Google

darüber, ob der Futterdiebstahl als privilegierte Sachbeschädigung (Rotering, 116), oder als ein gegen den Willen des Eigentümers gerichtetes Delikt (Meves, Die Strafgesetznovelle [1876] 41, Binding, Lehrb. 316/7, der es als Gebrauchsanmaßung charakterisiert) oder als ein völlig eigentümliches Delikt anzusehen sei (Schwarze, Der Futterdiebstahl [1893] 43). Zweifellos ist, daß das Antragsrecht nur dem Eigentümer zusteht. — Die Wegnahme muß mit Kenntnis des entgegenstehenden Willens des Eigentümers erfolgen. Füttert jemand fremdes Vieh mit solchem Futter des Eigentümers, das er schon vorher im Gewahrsam hatte, so wird man allerdings mit v. Liszt § 129, Olsh. a ebenfalls Futterdiebstahl annehmen müssen, aber doch nur kraft einer hier zulässigen Analogie. Vergl. § 2 I 2. Andernfalls gelangt man zur Sachbeschädigung. — Vorsatz ist erforderlich. Zu ihm gehört aber als charakteristisches Merkmal des Delikts die Absicht, mit den weggenommenen Gegenständen das Vieh (auch Federvieh) des Eigentümers zu füttern. Wenn der Thäter mit dieser Absicht wegnimmt, sie jedoch nicht ausführt, sondern sich das Futter zueignet, so begeht er Unterschlagung, event. auch Mundraub (s. oben V Abs. 3). Ebenso Olsh. b, Binding, Lehrb. 317. Es ist also hier anders zu entscheiden als in dem Falle, da ein Genußmittel in der Absicht alsbaldigen Verbrauchs weggenommen, demnächst aber in anderer Weise verwendet wird. S. oben V 2. Die Abweichung erklärt sich dadurch, daß bei dem Futterdiebstahle die Sache vorläufig noch in der Interessensphäre des Verletzten bleibt. — Beabsichtigt der Wegnehmende, sein eigenes Vieh oder das einer dritten Person zu füttern, so liegt gemeiner Diebstahl vor, sofern nicht etwa die Feld- oder Forstpolizeigesetze (EG § 2) eingreifen. Diesen gegenüber tritt auch die vorliegende Stelle zurück.

Digitized by Google

Anhang.

Gesetz

betr. die Einführung des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich in Elsaß-Lothringen.

Vom 30. August 1871.

Art. I.

Das anliegende Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich tritt in Elsaß-Lothringen mit dem 1. Oktober 1871 in Kraft.

Die Bestimmungen dieses Gesetzbuches, in welchen von Bundesstaaten oder deren Beziehungen die Rede ist, finden auch auf Elsaß-Lothringen und dessen entsprechende Beziehungen Anwendung.

Art. II.

Mit dem 1. Oktober 1871 treten alle Strafbestimmungen, insoweit sie Materien betreffen, welche Gegenstand des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich sind, außer Kraft.

In Kraft bleiben die besonderen Vorschriften über die durch das Strafgesetzbuch nicht berührten Materien, namentlich über strafbare Verletzungen der Preßpolizei-, Post-, Steuer-, Zoll-, Fischerei-, Jagd-, Forst- und Feldpolizei-Gesetze, über Mißbrauch des Vereins- und Versammlungsrechts, über den Holz-, Forst-, Diebstahl und über Schulversäumnisse.

Eine authentische Interpretation dieser Stelle enthält, soweit das Preßrecht in Betracht kommt, das Reichsgesetz v. 29.3.1888. Inzwischen ist indessen durch Elsaß-Lothring. Ges. v. 6.6.1896 der größte Teil des Reichspreßgesetzes in den Reichslanden eingeführt worden.

Art. III.

Wenn in Landesgesetzen auf strafrechtliche Vorschriften, welche durch das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich außer Kraft gesetzt sind, verwiesen wird, so treten die entsprechenden Vorschriften des letzteren an die Stelle der ersteren.

Art. IV.

Die in den §§ 81, 88, 90, 307, 311, 312, 315, 322, 323 und 324 des Strafgesetzbuchs für das Deutsche Reich mit lebenslänglichem Zuchthause bedrohten Verbrechen sind mit dem Tode zu bestrafen, wenn sie in einem Theile des Reichs, welcher in Kriegszustand erklärt ist, oder während eines gegen das Reich ausgebrochenen Krieges auf dem Kriegsschauplatze begangen werden.

Digitized by Google

Art. V.

Vom 1. Oktober 1871 ab darf nur auf die im Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich enthaltenen Strafarten erkannt werden.

Wenn in den Landesgesetzen Todesstrafe, travaux forcés, déportation oder réclusion angedroht sind, ist auf Zuchthaus, wenn détention angedroht ist, auf Festungshaft, wenn dégradation civique angedroht ist, auf Gefängnis mit oder ohne Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte, wenn emprisonnement oder prison angedroht ist, auf Gefängnis, falls aber die angedrohte Strafe die Dauer von sechs Wochen nicht übersteigt, auf Haft zu erkennen.

Wenn in den Landesgesetzen anstatt der Gefängnis- oder Geldstrafe Forst- oder Gemeindearbeit angedroht oder nachgelassen ist, so behält es hierbei sein Bewenden.

Art. VI bezieht sich auf „die Verjährung der Zivilklagen aus strafbaren Handlungen". An seine Stelle sind nunmehr die einschlagenden Bestimmungen des BGB's getreten.

Die Artikel VII und VIII sind beseitigt durch das els.-lothr. EG z. HGB vom 19./6 1872 und EG z. KO § 4 Abs. 2.

Art. IX.

Zivilstandsbeamte werden mit Geldstrafen bis zu Einhundert Thalern oder mit Gefängnis bis zu sechs Monaten bestraft:

1. wenn sie ihre Urkunden anders als in die dazu bestimmten Register schreiben.

Die Nummern 2 und 3 des Art. IX sind ersetzt durch Personenstandsgesetz vom 6./2 1875 § 69, neu gefaßt durch EG. z. BGB Art. 46 IV. Olsh. S. 27 nimmt das Gleiche für Nr. 1 an. — Art. X ist ersetzt durch Personenstandsges. § 68.

Art. XI.

Die in § 1 des Strafgesetzbuchs aufgestellte Einteilung der strafbaren Handlungen in Verbrechen, Vergehen, Übertretungen greift auch Platz für diejenigen strafbaren Handlungen, auf welche andere Strafgesetze als das gegenwärtige Strafgesetzbuch anzuwenden sind. Ist die Strafe in diesen Gesetzen als eine willkürliche bezeichnet, so ist die Handlung eine Übertretung.

Art. XII. Abs. 3.

Ob ein Verweis mündlich oder schriftlich zu erteilen, bleibt dem richterlichen Ermessen überlassen.

Abs. 1 und 2 des Art. XII sind durch die Zuständigkeitsbestimmungen des GVG ersetzt. Art. XIII ist durch EG z. StPO § 6 aufgehoben worden.

Art. XIV.

Hinsichtlich der Bestrafung der Schulversäumnisse bleibt es bei dem bestehenden Verfahren.

Art. XV wie Art. XIII.

Art. XVI aufgehoben durch els.-lothring. Ges. vom 12./7 1873 und 24./1 1881.

Digitized by Google

Sachregister.

(Die Zahlen bezeichnen die Seiten.)

Abbildungen, dem Papiergeld ähnliche 482 — strafbaren Inhalts 54 — das Schamgefühl verletzende 251 — unzüchtige 249.
Aberratio impetus 107.
Abgaben, übermäßige Erhebung solcher 470. 471.
Abgeordneter, Straffreiheit 31 — Verhinderung der Abstimmung 159 ff.
Abgraben von Grundstücken 524.
Abhänge, mangelnde Verwahrung 509.
Ablieferung 30.
Abpflügen 524.
Absicht 105.
Absorptionsprinzip 130.
Abtreibung 284 ff.
Acker, unbefugtes Betreten 517.
Actiones liberae in causa 86.
Adelsprädikat, unbefugtes Annehmen 482.
Adoptiveltern als Angehörige 87 ff. — Unzucht derselben 236.
Agent provocateur 76.
Aichung, Mangel ders. 521.
Aktien als Papiergeld 210.
Alarmnachrichten 488.
Alimentation, s. Unterhaltung.
Amerikanisches Duell 273.
Amt, öffentliches 44. 46 — s. auch Unfähigkeit.
Amtsanmaßung 193.
Amtsdelikt 451 ff.
Amtsgewalt, Mißbrauch 459.
Amtshandlung, Nötigung zur 172.
Amtskleidung, unbefugtes Tragen 482.
Amtsunterschlagung 468.
Amtsverschwiegenheit, Verletzung ders. 472.
Amtszeichen, unbefugtes Tragen 482.
Analogie 18.
Androhung s. Bedrohung.
Anerbieten einer strafbaren Handlung 79.
Angehörige, Begriff 88 — der deutschen Kriegsmacht 149.
Angelegenheiten des Staates, Erörterung durch Geistliche 191.
Angriff, thätlicher gegen Vollstreckungsbeamte 168.
Animus iniuriandi 256.
Ankauf mittels strafbarer Handlungen erlangter Sachen 350 — von Montierungs- und Armaturstücken 524.
Ankündigungen, dem Papiergeld ähnliche 482 — s. auch Reklamen.
Annahme des Anerbietens einer strafbaren Handlung 79.
Anreizen von Bevölkerungsklassen zu Gewalthätigkeiten 190 — zu militärischem Ungehorsam 167 — zum Zweikampf 279.
Anschuldigung, falsche 223.
Anstellung, Wesen derselben 477.
Anstiftung 73 — im Amte 476.
Antrag 111 ff.
Antragsmündigkeit 118.
Anwalt, s. Rechtsanwalt.
Anwerbung zu ausländischem Militärdienst 203.
Anzeige, unterlassene begangener Delikte 464 — geplanter Delikte 200. S. auch Anschuldigung und Auswanderung.
Apotheker, Offenbarung von Privatgeheimnissen 419.
Arbeiten, Verwendung zu gemeinnützigen 497.
Arbeitsbücher, Fälschung von 499.
Arbeitseinstellung, Aufforderung zur 163.
Arbeitshaus 497.
Arbeitsscheu 491.
Ärgernis durch Gotteslästerung 225 — durch Tierquälerei 482 — durch unzüchtige Handlungen 247 — durch Mitteilungen aus Gerichtsverhandlungen 251.
Armaturstücke, Ankauf solcher 524.
Armeelieferant, Vertragsbruch desselben 449.
Arnimparagraph 472.
Arrestbruch 197.
Arzneien, Zubereiten usw. ohne Erlaubnis 508.
Arzt, Ausstellung von Gesundheitszeugnissen 395. 396 — Offenbarung von Privatgeheimnissen 419 — Unzucht 236 — Zweikampf 278. S. auch Eingriff.

Digitized by Google

Asperationsprinzip 134.
Aufforderung zur Begehung strafbarer Handlungen 79 — zum Hochverrat 146. 166 — zum Ungehorsam 163. 166.
Auflauf 174.
Aufrechnung von Beleidigungen 270 — von Körperverletzungen 302.
Aufruhr 173.
Aufstand 149.
Ausführung, Begriff 57 — gemeinschaftl. 69.
Ausland, Begriff 29 — daselbst begangene Handlungen 25 ff. — daselbst ergangenes Strafurteil 25. 29.
Auslieferung 30.
Aussagen, nicht beeidigte 3.
Aussetzung 287.
Ausstand, Aufforderung zum 163.
Aussteuerkassen, unbefugte Errichtung 482.
Auswanderung der Militärpersonen 201 ff. 482 — Verleitung zur 205.
Ausweisung aus dem Bundesgebiete 49. 491. 497.
Automat 358. 325. 208.
Autoritätszeichen 157 ff. 196.

Bancroftverträge 203.
Bande 66. 326 (Diebstahl), 337 (Raub).
Banknoten als Papiergeld 210.
Bankrutt 397 ff.
Bau, Ausführung gegen die Regeln der Baukunst 450.
Bauen ohne polizeiliche Genehmigung 509.
Baumaterialien als Objekt der Brandstiftung 434.
Bauplan, Abweichungen von demf. 509.
Bauwerk, Beschädigung 430.
Beamtenbedrohung, sog. 172.
Beamtenbeleidigung, sog. 267.
Beamter, Begriff 477 — Unzucht desselben 236.
Bedingungen der Strafbarkeit 84.
Bedrohung 172. 312.
Beerdigung ohne Vorwissen der Behörde 508.
Befehle, Anreizung zum Ungehorsam gegen militärische 167.
Beförderungsmittel der Eisenbahnen, Beschädigung 438.
Befreiung von Gefangenen, s. Gefangenenbefreiung.
Begegnungsdelikte 68.
Begünstigung 344 — als Unterlassung der Strafverfolgung 464 — der Gläubiger 398 — s. auch Beihilfe.
Behältnis 322.
Beihilfe 77 — Unterschied von der Mitthäterschaft 69 — im Verhältnis zur Begünstigung 345. 346 — im Amte 476.
Beischlaf, Erschleichung des außerehelichen 241 — s. auch Blutschande, Ehebruch, Notzucht, Schändung, Verführung.
Bekanntmachung, Beschädigung öffentlicher 196 — des Strafurteils 225. 271.
Beleidigung, 252 ff. — bedingte 255 — — formelle 254 — öffentliche 271 — durch üble Nachrede 256 — verleumderische 259 — des Kaisers und des Landesherrn 152 ff. — eines Mitgliedes des landesherrlichen Hauses 154 — von Bundesfürsten 155.
Bergwerk als Objekt der Brandstiftung 434 — Beschädigung 443.
Berichte über Gerichtsverhandlungen 251. 262 ff. — über parlamentarische Verhandlungen 31. 32.
Berichterstattung, falsche im diplomatischen Dienst 472.
Beschädigung s. den betr. Gegenstand, bes. Sachbeschädigung, Urkundenbeschädigung.
Beschimpfung einer Kirche oder Religionsgesellschaft 225 ff. — eines Verstorbenen 260.
Beschlagnahme des Vermögens 152.
Besitztum, befriedetes 181.
Bestechung, aktive 454 — passive 451. 453 — Richterbestechung 455.
Betrug 355.
Betteln 491 — unter Drohungen oder mit Waffen oder im Rückfalle 497.
Bevollmächtigter, Untreue 367.
Bigamie 233. 458.
Blankettfälschung oder -Mißbrauch 386.
Blutschande 236.
Boden, feuergefährliches Betreten 517.
Bodensee 29.
Boykott 491.
Bracker, Untreue 367.
Brandstiftung, einfache 433 — schwere 431 — besonders schwere 433 — mittelbare und unmittelbare 434 — fahrlässige 435.
Brennmaterialien als Objekt der Brandstiftung 434.
Briefgeheimnis, Verletzung desselben 418. 473.
Briefkuverts, falsche gestempelte 394.
Brücken, Beschädigung 430. 443.
Brunnen, Vergiftung 445 — mangelnde Verwahrung 509.
Bülten, unbefugtes Hauen 524.
Bundesfürst, Beleidigung 155.
Bürgerschaft der freien Städte 158.
Buße, rechtliche Natur 34 — bei Beleidigung 260 — bei Körperverletzung 293. 302. 460.

Culpa 108.
S. auch K.

Damm, Beschädigung 430. 443.

Digitized by Google

Darstellungen, das Schamgefühl verletzende 251 — unzüchtige 248.
Defraudation 365.
Deiche, Beschädigung 443.
Délit manqué 60.
Denkmäler, öffentliche, Beschädigung 429.
Depeschenfälschung 383. 475.
Desertion 203.
Diebstahl 313 — schwerer 320 — räuberischer 338 — im Rückfall 327.
Dienstbuch, Fälschung 499.
Dolus 99 — **eventualis** 103.
Doppelehe 233. 458.
Dreiteilung der strafbaren Handlungen 11.
Drohung, Begriff 75. S. auch Bedrohung.
Drucksachen, dem Papiergeld ähnliche 482.
Duchesne-Paragraph 79.
Duell 272 ff.
Dünen, Polizeiverordnungen zu deren Schutz 507.

Ehebetrug 232.
Ehebruch 234.
Eheerschleichung 232.
Ehre, 252 ff.
Ehrenrechte, Verlust der 45. 62. 139.
Ehrenzeichen, öffentliche 46 — unbefugtes Tragen 482.
Eidesbruch 221.
Eier, Ausnehmen von 517.
Eigennutz, strafbarer 399 ff.
Einbruchsdiebstahl 320.
Einfahren von Pferden 504.
Einfuhrverbote, Verletzung ders. 447. 448.
Eingriff, ärztlicher 291.
Einsatzstrafe 134.
Einwilligung des Verletzten 83. 291.
Einziehung 51. 54.
Eisenbahn, Gefährdung 438. 440 — landesverräterische Zerstörung usw. 149.
Eisenbahndienst, Unfähigkeitserklärung 442.
Elektrizität, Diebstahl? 313.
Eltern, Kuppelei ders. 242.
Entführung 305.
Entlassung, vorläufige 39. 40.
Entwicklung, gehemmte 99.
Erde, unbefugtes Graben 524.
Ermächtigung 155.
Erpressung 339. 343 — im Amte 459. — räuberische 343 — von Geständnissen 461.
Error in objecto 107 — bei der Anstiftung 76.
Erzeugnisse, landwirtschaftliche als Objekt der Brandstiftung 435.
Erzieher, Unzucht ders. 236 — Kuppelei 242.
Eßwaren, verfälschte oder verdorbene 508.
Exzeß des Thäters bei Mitthäterschaft 71 — bei Anstiftung 76 — bei Beihilfe 78.
Fähigkeitszeugnisse, Fälschung von 499.
Fahnenflucht 203.
Fahrbahn der Eisenbahnen 438.
Fahren in Städten oder Dörfern 504 — über fremde Grundstücke 517.
Fähren, Beschädigung 443.
Fahrkarten, Betrug 362 — als öffentliche Urkunden 375.
Fahrlässigkeit 108.
Fahrwasser, Beschädigung 443.
Fahrzeuge der Kriegsmarine, landesverräterisches Zerstören usw. 149.
Fallwild 410.
Falschbeurkundung 465.
Falscheid, Verleitung zum 220 — fahrlässiger 222.
Falschmünzerei 202 ff.
Falschwerbung 205.
Familiendiebstahl 333.
Federwild, Ausnehmen von Eiern oder Jungen 517.
Feiertage, Störung derselben 504.
Felddiebstahl 2.
Feldmesser, Untreue 367.
Feldpolizeigesetze, landesrechtliche 2 — Übertretung durch Kinder 492.
Fernsprechanlagen 442.
Festnahme, widerrechtliche 462.
Festungen, landesverräterische Zerstörung usw. 149 — Risse von 482.
Festungshaft 37 — Zusammentreffen mit Gefängnis 139.
Festungspläne, landesverräterische Mitteilung 151 — s. auch Festungen.
Festungswerke, landesverräterische Zerstörung usw. 149.
Feuer, Gefährdung mittels solchen 516. 517.
Feuerlöschgerätschaften, mangelhafte Instandhaltung 517.
Feuerpolizei 517.
Feuerstätte 516. 521.
Feuerwerk 517.
Fischdiebstahl 314.
Fischen, widerrechtliches 415. 524.
Flußufer, Übertretung der zum Schutze erlassenen Polizeiverordnungen 507.
Formen zur Anfertigung von Geld oder Wertzeichen 211. 482.
Forstbeamte, Widerstand gegen 175.
Forstberechtigte, Widerstand gegen 175.
Forstdiebstahl 2.
Forstgesetze, landesrechtliche 2 — Übertretung durch Kinder 492.
Forstwiderstand, 175.
Fortdauerndes Delikt, Begriff 136 — Verjährung 122.
Fortgesetztes Delikt, Begriff 136 — Antrag 114 (VIII 2) — Verjährung 122.
Forum delicti commissi 21 ff.
Freiheit, Verbrechen und Vergehen wider die 303 ff.
Freiheitsberaubung 307 — im Amte 460. 462.

Digitized by Google

Freiheitsstrafen, Berechnung 38.
Frieden, Störung des öffentlichen 187.
Friedhof als zu religiösen Versammlungen bestimmter Ort 227.
Frist des Strafantrags 111.
Früchte als Objekte der Brandstiftung 434.
Führungszeugnisse, Fälschung 499.
Furtum possessionis 408.
Furtum usus 409.
Fußangeln 508.
Futterdiebstahl 524. 528. 529.

Garten, unbefugtes Betreten 517 — Werfen in 504.
Gast, Übertretung der Polizeistunde 502.
Gebäude, Diebstahl aus einem solchen 320 ff. — Beschädigung 430 — als Objekt der Brandstiftung 431. 434. — Gefährdung durch Feuer 516. 517 — unterlassene Ausbesserung 509.
Gebrauchsrechte, Beeinträchtigung derselben 408.
Gebühren, übermäßige Erhebung solcher 470. 471.
Gefahr, Begriff 13.
Gefährdungsdelikte 13.
Gefangenenbefreiung 78. 464.
Gefängnisstrafe 36 — in Verbindung mit Verlust der bürgerl. Ehrenrechte 45.
Gegenstände, ätzende und leicht entzündliche 508 — des Gewerbes, der Kunst, der Verehrung, der Wissenschaft, dem öffentlichen Nutzen dienende, Beschädigung derselben 429 — das Schamgefühl verletzende 251 — zu unzüchtigem Gebrauch bestimmte 248.
Geheimbündelei 188 ff.
Geheimmittel 512.
Geisteskranke, Beleidigungsfähigkeit 252 — Unzucht mit geisteskranken Frauenspersonen 239.
Geisteskrankheit als Ausschluß der Zurechnungsfähigkeit 84.
Geistliche, Kanzelmißbrauch 191 — Kuppelei ders. 242 — Unzucht ders. 236. — s. auch Religionsdiener.
Geld, Nachmachen oder Verfälschen von 207 ff.
Geldstrafe 40 ff., 127. 140.
Gemeingefahr 431.
Genußmitteldiebstahl 524.
Gerichtsverhandlungen, Berichterstattung 262 — Mitteilungen aus geheimen 251.
Geschäftsmäßigkeit 136.
Geschäftsräume als Objekte des Hausfriedensbruchs 181.
Geschworenendienst, Unfähigkeit zu demselben 43.
Geschworener, unwahre Entschuldigung 199 — Bestechung 455.
Gesamtstrafe 133 ff.
Gesandter, Beleidigung eines solchen 158.
Gesetzeskonkurrenz 129. 131.
Geständnis, Erpressung 461.
Gesundheitszeugnis 395 ff.
Getränke, verfälschte oder verdorbene 508 — Verabfolgung bei Versteigerungen 509.
Getreide als Objekt der Brandstiftung 434. — s. auch Felddiebstahl u. Futterdiebstahl.
Gewahrsam, beim Diebstahl 315 — beim Rücken des Mieters 408 — Verletzung des amtlichen 194. 197.
Gewalt, Begriff 88.
Gewerbsmäßigkeit 136.
Gewerbetreibende, strafbare Handlungen derselben 521.
Gewichte, vorschriftswidrige 521.
Gewohnheitsmäßigkeit 136.
Gewohnheitsrecht 18.
Gift, Begriff 300 — Feilhalten, Zubereiten usw. 508.
Glücksspiel 399. 482.
Gottesdienst, Beschädigung dem Gottesdienste geweihter Sachen 429 — Diebstahl solcher 320 — Störung des Gottesdienstes 229 — Verhinderung an der Ausübung 228. 459.
Gotteslästerung 225.
Grab, Zerstören oder Beschädigen eines solchen 229.
Gräberraub 315.
Grabmal, Beschädigung 429.
Grand, unbefugtes Graben 524.
Grenzverrückung 392. 524.
Gruben, mangelhafte Verwahrung 509.
Güterbestätiger, Untreue 367.
Güterpfleger, Untreue 367.

Haftstrafe 37. 140. 497.
Haiden, Gefährdung durch Feuer 517.
Handlung, Begriff der strafbaren 12 ff. — Einteilung 11 — Begehungsort 22 ff. — unzüchtige 237. 239. 247. — Zusammentreffen strafbarer 128.
Haufen, unbefugtes Bilden oder Befehligen eines bewaffneten 188.
Haus, landesherrliches 154 ff. — s. auch Gebäude und Feuerstätte.
Hausdiebstahl 333.
Hausfriedensbruch 181. 461.
Haussuchung 49.
Hebamme, Offenbarung von Privatgeheimnissen 419.
Heer, Unfähigkeit zum Dienste 46 — siehe auch Wehrpflicht.
Hehlerei 349.
Herausforderung zum Zweikampf 274. 275.
Heuerbruch 417.
Hilfe bei Unglücksfällen 482.
Hochverrat 143 ff.
Hoheitszeichen 157. 196.

Digitized by Google

Holzdiebstahl 2.
Hunde, Hetzen ders. auf Menschen 504.
Hütte als Objekt der Brandstiftung 431. 434.

Jagdbeamte, Widerstand gegen 175.
Jagdberechtigte, Widerstand gegen 175.
Jagdgebiet, unbefugtes Betreten 517.
Jagdgerät 414.
Jagen, widerrechtliches 410.
Idealkonkurrenz 128.
Inland, Begriff 29.
Interessen, Wahrnehmung berechtigter 263. 420.
Inzest 236.
Irrtum 106.
Jugendliche Verbrecher 95.

Kaiser, Ermordung desselben 143 — Thätlichkeit gegen denselben 152 — Beleidigung dess. 153.
Kanzelmißbrauch 191.
Kartellträger 275 ff. 278.
Kausalzusammenhang 14.
Keller, mangelnde Verwahrung 509.
Kind, Anleiten zu oder Nichtabhalten von strafbaren Handlungen 491 — Beleidigungsfähigkeit 253 — Strafbarkeit 95.
Kinderraub 304.
Kindesmord 284.
Kindesunterschiebung 231.
Kirche, Beschimpfung 225 ff.
Kokarde, Unfähigkeit zum Tragen derselben 46.
Kollektivbezeichnung, Beleidigung unter einer solchen 253.
Kollektivdelikt, Begriff 136 — Verjährung 121.
Kollektivpersonen, Beleidigungsfähigkeit 253.
Kolonieen 29.
Kompensation s. Aufrechnung.
Komplott 66 — hochverräterisches 145.
Konkubinat 4.
Konkurrenz 128.
Konnivenz 477.
Körperverletzung 290 ff. — im Amte 459.
Körperschaft, Beleidigung einer politischen 268.
Konsulargebiete 29.
Konsumtion von Delikten 133. 136.
Konterbande, Gefährdung des Schiffes durch dies. 416.
Kontrole, sittenpolizeiliche 491.
Krankheiten, ansteckende 447. 448.
Krebsen, widerrechtliches 415. 524.
Kreditbetrug 357. 358.
Krieg, s. Armeelieferant u. Landesverrat.
Kriegsrecht 6.
Kriegszustand 6.
Kumulationsprinzip 134.
Kunstfehler des Arztes 290. 291.
Kunstgegenstände, Beschädigung 429.
Kuppelei 242.
Kurator, Untreue desselben 367.
Kuverts, Gebrauchmachen von gestempelten 394.

Landesherr, Beleidigung 153 — Mord 143 — Thätlichkeit 152 — Straflosigkeit 24.
Landespolizeibehörde, Überweisung an dies. 497.
Landesrecht 28.
Landesverrat 147.
Landfriedensbruch 186.
Landstreicher 491.
Landzwang 187.
Lärm, ruhestörender 488.
Leben, Delikte gegen das 279 ff.
Legitimationspapiere, Fälschung von 499.
Lehm, unbefugtes Graben 524.
Lehrer, Kuppelei 242 — Unzucht 236.
Lehrling, Diebstahl eines solchen 333.
Leiche, heimliches Beerdigen oder Beiseiteschaffen 508 — Diebstahl 229. 315.
Licht, Gefährdung mittels solchen 517.
Lotterie, Spielen in auswärtiger 4 — unbefugte Veranstaltung 402 — siehe auch Glücksspiel.

Macht, Widerstand gegen d. bewaffnete 168. 174.
Mädchenhandel 244.
Magazin als Objekt der Brandstiftung 434 — s. auch Landesverrat.
Majestätsbeleidigung 153.
Mäkler, Untreue 367.
Marterung beim Raub 337 ff.
Maße, vorschriftswidrige 521.
Massenverwalter, Untreue 367.
Maßregeln, polizeiliche (im Gegensatz zur Strafe) 34.
Materie 2 ff.
Medizinalpersonen, s. Arzt.
Meeresufer, Polizeiverordnungen zum Schutze ders. 507.
Meineid 212.
Menschenmenge, Begriff ders. 165.
Menschenraub 303.
Mergel, unbefugtes Graben 524.
Messer, Untreue 367.
Meuterei der Gefangenen 180.
Militärpersonen, Anwendbarkeit des StGB's auf sie 30.
Minderjährige, Uebervorteilung ders. 421. 422 — unzüchtige Handlungen mit minderjährigen Schülern oder Zöglingen 236.
Mineralien, als Objekte des Diebstahls 315 — unbefugtes Wegnehmen 524.
Mißbrauch der Amtsgewalt 459 — zum Beischlaf 239. 240 — von Urkunden 499.

Digitized by Google

Mitglied einer gesetzgebenden Versammlung, Straflosigkeit wegen Äußerungen im Beruf 31 — Hinderung an Ausübung des Berufs 159.
Mitthäterschaft 69 ff.
Monarch, Straflosigkeit 24.
Montierungsstücke, Ankauf oder Zupfandnehmen 524.
Mord 280. 143.
Moresnet 2.
Münzdelikte 207.
Mundraub 524.
Munitionsaneignung 109.
Müßiggang 491.

Nachhaft 497.
Nachlaßsachen, Diebstahl? 316.
Nachrede, üble 257.
Nachschlüssel, unbefugtes Anfertigen 520. 521.
— beim Diebstahl 220.
Nahrungsmitteldiebstahl 524.
Namen, Nennung eines falschen 482.
Naturalien, rechtswidrige Abzüge 471.
Nebenthäterschaft 73.
Nebenstrafen 35.
Nießbrauchrecht, Verletzung eines solchen 408.
Notare sind Beamte 477 — Offenbarung von Privatgeheimnissen 395.
Notariat, Unfähigkeit zur Bekleidung 43.
Nötigung, gemeine 309 — gegen Behörden 172 — gegen gesetzgebende Versammlungen 158 zum Beischlaf oder zu unzüchtigen Handlungen 239 ff. — als Schuldausschließungsgrund 87.
Notstand 87. 93 ff. 264. 438.
Notwehr 87. 90.
Notzucht 240.
Nulla poena sine lege poenali 18.

Objektives Strafverfahren 55.
Obrigkeit, Aufforderung zum Ungehorsam gegen sie 163. 166 — Verächtlichmachung 192.
Offenbarung von Privatgeheimnissen 419.
Öffentlichkeit, Begriff 164.
Öffnungen, Nichtverdecken ders. 509.
Offizier, als Beamter 478 — s. auch Wehrpflicht.
Okkupationsrecht, siehe Fischen, Jagen, Krebsen.
Onanie, gegenseitige 238.
Operation 291. 296.
Orden, unbefugtes Tragen 482 — Unfähigkeit, solche zu erlangen 46 — Verlust 46.
Ort der begangenen Handlung 22.

Päderastie 238.
Partiererei 350.
Partikularrecht 2 ff.
Paß, Fälschung 499 — s. auch Landesverrat.
Personalitätsprinzip 26.
Personenstand, Verbrechen und Vergehen in Bezug auf 231 ff.
Personenstandsbeamter, Abschließung einer Doppelehe durch denf. 458.
Pfandkehr 408.
Pfandleiher, in Gebrauch nehmen der Pfänder 409. — Überschreitung des Zinsfußes 483.
Pfandnahme mittels strafbarer Handlungen erlangter Sachen 350 — von Armaturstücken 524.
Pflegebefohlene, Unzucht mit denf. 236 — Verkuppelung 242.
Pflegeeltern, Unzucht derselben 236.
Plaggen, unbefugtes Hauen 524.
Platten zur Anfertigung von Münzen 211 — oder geldähnlichem Papier und dergl. 482 — zur Herstellung strafbarer Schriften usw. 54.
Platz, öffentlicher 175.
Polizeiaufsicht 49, vergl. 34. 62. 139. 491.
Polizeiliche Maßregeln 34.
Polizeistunde, Überschreitung derselben 502.
Polizeiübertretungen, Wesen derselben 479.
Postgeheimnis, Verletzung desselben 473.
Postwertzeichen, Fälschung und Verwendung gefälschter 394. 395 — Anfertigung von Stempeln, Siegeln usw. zur Herstellung 482.
Präservativs 250.
Prävarikation 475.
Princeps legibus solutus 24.
Privatgeheimnisse, unbefugte Offenbarung 419.
Privatgenugthuung 34.
Privatstrafe 3.
Privaturkunden zum Beweise usw. erhebliche 377 ff.
Prozeßvoraussetzung 84.
Publikation, s. Bekanntmachung.
Putativdelikt 107, vergl. 58.
Putativnotwehr 92.

Quälen von Tieren 483.

Rädelsführer 173. 186.
Rasen, unbefugtes Graben 524.
Raub 335 ff.
Raubmord 337. 338.
Rauchen an feuergefährlichen Orten 518.
Raufhandel 298. 508.
Raum beim Hausfriedensbruch 182 — umschlossener beim Diebstahl 321. 322 — Werfen in einen eingeschlossenen 504.
Räumlichkeit als Objekt der Brandstiftung 431.
Realkonkurrenz 133 ff.

Digitized by Google

Realprinzip 26.
Rechte, staatsbürgerliche 158 ff.
Rechtsanwalt, kein Beamter 477 — Prävarikation (Untreue) 475 — unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen 419 — Gebührenerhebung 470.
Rechtsanwaltschaft als öffentliches Amt 44.
Rechtsbeistand, s. Rechtsanwalt.
Rechtsbeugung 457.
Rechtsfrieden 187. 190. 191.
Rechtswidrigkeit, Wegfall ders. beseitigt den Deliktsbegriff 83 — Kenntnis derselben als Bestandteil des Dolus? 102.
Regent, Beleidigung 153. 154. 155. 156. 157.
Register, Beschädigung und Vernichtung 194 — falsche Einträge 465.
Reichsrecht, Verhältnis zum Landesrecht 2 ff.
Reisegepäck, als Objekt des Diebstahls 321.
Reiten, zu rasches 504 — unbefugtes über Gärten usw. 517.
Reklamen, marktschreierische, Betrug? 356. 359.
Religionsdiener, Abschluß einer Ehe 458 — s. auch Beleidigung und Kanzelmißbrauch.
Religionsgesellschaft, Beschimpfung 225.
Retorsion bei Beleidigungen 270 — bei Körperverletzungen 302.
Reue, thätige beim Versuch 63 — beim Meineid und Falscheid 218. 222 — bei der Brandstiftung 436.
Richter, s. Bestechung und Rechtsbeugung.
Rohrpost, Verhinderung und Gefährdung des Betriebes 442.
Rücken, sog. 408.
Rückfahrkarten 362.
Rückkaufshändler s. Pfandleiher.
Rückfall als persönlicher Strafschärfungsgrund des Thäters 92 — beim Diebstahl 327 — beim Raub 337 — bei der Hehlerei 354 — beim Betrug 366 — beim Betteln 497.
Rücktritt vom Versuch 63 ff. — des Anstifters 65. 77 — des Gehilfen 65. 78. — beim Zweikampf 276 — s. auch Reue.
Rückwirkung des Strafgesetzes 19. 20.
Ruhen der Verjährung 124 ff. — der Antragsfrist 119.

Sachbeschädigung 427 ff.
Sachen, feuerfangende 508. 517.
Sachverständiger, Meineid 214. 215. 216 — fahrlässiger Falscheid? 222 — Unfähigkeit zu eidlicher Vernehmung 221 — unwahre Entschuldigung 199.
Sachwucher 426.
Sand, unbefugtes Graben 524.
Schaffner, Untreue 369.
Schändung 239. 340 ff.
Schauer, Untreue 367.
Scheunen, feuergefährliches Betreten 517.
Schießbedarf, Aufsammeln von solchem 482.
Schießen, gefährliches 508. 517.
Schießpulver, Zubereiten usw. 508 — Zerstören durch Pulver 436.
Schiff, Objekt der Brandstiftung 431. 434 — der Sachbeschädigung 430 — Verursachung des Sinkens oder Strandens 445 — Gefährdung durch Kontrebande 416 — Diebstahl aus einem Schiffe 321 — s. auch Landesverrat und Schiffahrt.
Schiffahrt, Gefährdung 205. 445 — s. auch Schiff.
Schlageisen, unbefugtes Legen 509.
Schlägerei 298. 508.
Schlägermensur, studentische 273. 274.
Schlensen, Beschädigung 443 — Bauten oder Ausbesserung 509.
Schlitten ohne Deichsel oder Geläute 504 — Jagdgerät? 414.
Schloß, unbefugtes Öffnen 520.
Schlosser, unbefugtes Anfertigen von Schlüsseln usw. 520.
Schlüssel, falscher 320 — unbefugte Anfertigung 520. 521.
Schöffe, unwahre Entschuldigung 199 — Bestechung 455.
Schöffendienst, Unfähigkeit 44.
Schonungen, unbefugtes Betreten 517.
Schonzeit, unbefugtes Jagen während derselben 413.
Schornsteine, Nichtreinigen ders. 517.
Schriften, strafbaren Inhalts 54 — das Schamgefühl verletzende 250 — unzüchtige 249.
Schuld 99 ff. — Delikte ohne solche 110.
Schuldausschließungsgrund 84.
Schuldverschreibungen, auf den Inhaber lautende 206 — dem Papiergeld gleichgeachtete 210.
Schutzgebiete, s. Kolonieen.
Schutzmaßregeln, s. Selbstgeschosse.
Schutzprinzip 26.
Schutzwehr, Beschädigung 443.
Schwächung 239. 240. 246.
Schwangere, s. Abtreibung.
Seeraub 337.
Sekundanten 278.
Selbstbefreiung von Gefangenen 178 ff. 464.
Selbstgeschosse, Legen ohne Erlaubnis 509. vergl. auch 93.
Selbsthilfe 3. 87.
Selbstverstümmelung 204.
Senat der freien Städte, Auseinandersprengen dess. 158.
Sequester, Untreue 367.
Seuchengefahr 447 ff.
Sicherungsmaßregeln beim Bauen 509.

Digitized by Google

Siegel zur Anfertigung von Geld- oder Wertzeichen 211. 482 — Verletzung eines amtlichen 197.
Singvögel, Ausnehmen von Eiern 517. 520.
Sittlichkeit, Verbrechen und Vergehen wider dies. 233 ff.
Sodomie 238.
Sonntagsruhe, Störung derselben 504.
Spiel, s. Glücksspiel und Lotterie.
Spionage 150.
Sportulieren, übermäßiges 470. 471.
Sprengstoffe, s. Stoffe.
Staaten, feindliche Handlung gegen befreundete 156.
Staatseinrichtungen, Verächtlichmachung 193.
Staatsgeheimnisse, Mitteilung von solchen 151 — vergl. auch 472.
Staatsgeschäfte, ungetreue Führung 151.
Staatsgewalt, Widerstand gegen dies. 163 ff.
Stall, feuergefährliches Betreten 517.
Standesdelikt, Teilnahme an dems. 72. 75. 78.
Stauer, Untreue 367.
Steine, Werfen mit solchen 504 — Wegnehmen von solchen 524.
Stempel zur Anfertigung von Geld oder Wertzeichen 211. 482.
Stempelabdrücke 394. 395. 483. 502.
Stempelblankett 394. 395. 482.
Stempelmarken 394. 395. 482.
Stempelpapier 394. 395. 482.
Sterbekassen, Errichtung ohne Genehmigung 482.
Steuern, unterlassene Abführung erhobener 471.
Steuergesetze, landesrechtliche 2 — Übertretung durch Kinder 492.
Stiche zur Anfertigung von Geld oder Wertzeichen 211. 482.
Stimmkauf 162.
Stoffe, unberechtigtes Fischen mit schädlichen oder explodierenden 415 — Zerstören von Sachen durch explodierende 436 — Zubereiten explodierender ohne Erlaubnis 508 — Aufbewahrung, Beförderung, Verausgabung, Verwendung von Sprengstoffen 508.
Strafandrohung, absolut unbestimmte, absolut bestimmte, relativ bestimmte 19.
Strafantrag 111 ff.
Strafaufhebungsgründe 84.
Strafausschließungsgründe 83.
Strafbarkeit, Bewußtsein ders. 100.
Strafe, Begriff und Arten 33.
Straferhöhungsgründe 19.
Strafmilderungsgründe 19.
Strafmündigkeit 96.
Strafschärfungsgründe 19.
Strafurteil, s. Veröffentlichung.
Strafverfolgung, Unterlassung derselben 463 — s. auch Verjährung.
Strafvollstreckung, widerrechtliche 462.
Strandung eines Schiffes 445.
Streik, Aufforderung zum 163.
Straße, Zerstörung 430 — Gefährdung des Verkehrs 504. 505.
Straßenraub 337.

Taubstumme 99.
Thäterschaft, mittelbare 66.
Thatbestandsmerkmale, negative 83.
Thätlichkeiten gegen den Kaiser, den Landesherrn oder Mitglieder des landesherrlichen Hauses 152.
Teilnahme 66.
Telegraphenanlage, Verhinderung oder Gefährdung des Betriebs 441.
Telegraphendienst, Unfähigkeitserklärung 442.
Telegraphengeheimnis, Verletzung desselben 475.
Telegraphenwertzeichen 394. 495. 502.
Territorialprinzip 22 ff.
Testamentsvollstrecker, Untreue 367.
Tiere, Vernachlässigung der Sicherheitsmaßregeln 504 — wilde 508.
Tierquälerei 483.
Titel 482 — unbefugtes Annehmen 482. — Verlust 46.
Todesstrafe 35, vergl. auch 6. 45.
Tötung, fahrlässige 289 — eines unehelichen Kindes 284 — auf Verlangen 283 — im Zweikampfe 277. 278. — s. auch Körperverletzung, Mord und Totschlag.
Torf, unbefugtes Wegnehmen 525.
Torfmoore, als Objekte der Brandstiftung 434.
Totalisator 491.
Totschlag 281.
Transportdiebstahl 320 ff.
Transportgefährdung 438.
Trichotomie der strafbaren Handlungen 11.
Trunk, Hingabe an dens. 491.

Überfall, hinterlistiger 294.
Überschwemmung 437. 438.
Übervorteilung Minderjähriger 421. 422.
Überweisung an die Familie 96 — an die Landespolizeibehörde 245. 497.
Ufer, Polizeiverordnungen zum Schutze ders. 507.
Umstände, mildernde 19.
Unbrauchbarmachung 54.
Unfähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter 48 — vergl. 46. 43.
Unfug, beschimpfender an einem Grabe 229 — in einer Kirche 226 — grober 483.
Ungehorsam, Aufforderung zum 163. 166. 167 — diplomatischer 472.
Ungehorsamsdelikte 480.
Unglücksfälle, Hilfeleistung 483.

Digitized by Google

Uniform, unbefugtes Tragen 482 — ſ. Armaturſtücke.
Unkenntnis von Thatumſtänden 99.
Unrat, Werfen mit ſolchem 504.
Unteilbarkeit des Strafantrags 115.
Unterbrechung des Kauſalzuſammenhangs 15 — der Verjährung 122. 127.
Unterdrückung ſ. Betrug u. Urkundenunterdrückung.
Unterhaltung, Unterlaſſung der pflichtgemäßen 492.
Unterkommen, Mangel eines ſolchen 492.
Unterlaſſungsdelikt, echtes 12 — unechtes 16 — Ort der Begehung 22 — Verjährung 122.
Unternehmen, hochverräteriſches 144. 145. Begriff im übrigen 158.
Unterſcheidungsvermögen 96.
Unterſchlagung 329. 333. 335 — im Amte 468. 469 — vergl. auch 526.
Unterſuchung, falſche 462.
Unterſuchungshaft, Anrechnung 110.
Untreue 367 — des Diplomaten 151 — des Sachwalters 475.
Unzucht, gewerbsmäßige 491 — unter Verletzung eines Autoritätsverhältniſſes 236 — widernatürliche 238 — ſ. auch Abbildungen, Darſtellungen, Gegenſtände, Handlungen, Verkehr.
Unzurechnungsfähigkeit 84. 96. 97.
Urkunde, Begriff 370 ff.
Urkundenbeſchädigung 151. 194. 391. 465.
Urkundenbeſeitigung 392.
Urkundenfälſchung 370. 151. 465. 499. — intellektuelle 388.
Urkundenmißbrauch 499.
Urkundenunterdrückung 151. 392.
Urkundenvernichtung 151. 194. 391. 465.

Verabredung ſ. Komplott.
Verbindung, geheime 188 — ſtaatsfeindliche 189.
Verbrechen, Begriff 9.
Verbrecher, jugendliche 96 ff.
Verbrecherwahn 107.
Verbüßung der Strafe für einen andern 346. 389. 390.
Vereitelung der Zwangsvollſtreckung 405.
Verfälſchung, ſ. bei dem betr. Gegenſtand.
Verfolgungsverjährung 119 ff.
Verführung 246.
Vergehen, Begriff 9.
Vergiftung 300 — gemeingefährliche 445 — ſ. auch Gift.
Vergütungen, übermäßige Erhebung ſolcher 470.
Verhaftung, widerrechtliche 460.
Verhältniſſe, perſönliche, Einfluß auf die Strafbarkeit 81.
Verheimlichung mittels ſtrafbarer Handlung erlangter Sachen 350.
Verjährung 119 ff.
Verkehr, unzüchtiger 248 ff.
Verkehrsgefährdung 504. 505 — ſ. auch Transportgefährdung.
Verleitung zur Auswanderung 205 — zum Beiſchlaf 241. 246 — zur Deſertion 203 — zur Eheſchließung 233 — zu unzüchtigen Handlungen 239 — zum Meineid 219 — zu Amtsdelikten 476. 477.
Verletzungsdelikt 13.
Verleumdung 259.
Verlobte als Angehörige 88.
Verluſt der bürgerlichen Ehrenrechte 45 ff. 62. 139. S. auch Amt, Titel, Würde.
Vermögen 361.
Vermögensbeſchlagnahme 152. 202.
Vermögensvorteil, rechtswidriger 339. 363.
Vernichtung, ſ. Sachbeſchädigung, Urkundenvernichtung.
Veröffentlichung des Strafurteils 225. 271, vergl. 34.
Verſammlung, Auseinanderſprengen oder Verhinderung an der Beſchlußfaſſung 158 — Beleidigung einer geſetzgebenden 268.
Verſchulden, ſ. Schuld.
Verſicherung an Eidesſtatt 215. 216. 217.
Verſicherungsanſtalten, Errichtung ohne Genehmigung 483.
Verſicherungsbetrug 366.
Verſteigerer, Untreue 367.
Verſteigerungen, geiſtige Getränke bei denſ. 509.
Verſtorbene, Beleidigungsfähigkeit? 253. 260.
Verſuch 57 ff. — Rücktritt 63 — der Anſtiftung 73 — der Beihilfe 77.
Verteidiger, ſ. Rechtsanwalt.
Vertragsbruch des Armeelieferanten 449 — des Schiffmanns 417.
Verweiſung a. d. Bundesgebiete 49. 491. 497.
Verzicht auf den Strafantrag 115.
Vieh, unbefugtes Treiben 417.
Viehſeuchen 448.
Vollſtreckungsbeamte, Widerſtand gegen ſie 168.
Vollſtreckungsvereitelung 405.
Vorbeifahren, Hindern deſſelben 504.
Vorbereitung des Hochverrats 147 — eines Münzverbrechens 211.
Vorbereitungshandlungen 57. 60.
Vormund, Kuppelei 242 — Unfähigkeit 46 — Untreue 367 — Unzucht 236.
Vorſatz 99 ff.
Vorſpiegelung falſcher Thatſachen, ſ. Betrug.
Vorſtellungstheorie 100.
Vorteil, Begriff 80 — bei der Beſtechung 454.

Digitized by Google

Warenempfehlungskarten, dem Papiergeld ähnliche 482.
Warenvorräte als Objekte der Brandstiftung 434 — Gefährdung durch Feuer 508.
Waffen, Ansammeln von solchen 482 — s. auch Betteln, Diebstahl, Hausfriedensbruch, Körperverletzung, Raub, Raufhandel, Zweikampf.
Waffentragen 508.
Wäger, Untreue 367.
Wahlbestechung 162.
Wahlfälschung 161.
Wahlverhinderung 160.
Wahnverbrechen 107.
Wahrheitsbeweis 256. 261. 262.
Wald, unberechtigtes Jagen in demselben 413 — Gefährdung mittels Feuers 517 — s. auch Waldungen.
Waldeigentümer, Widerstand gegen ihn 175.
Waldungen als Objekt der Brandstiftung 434 — s. auch Wald.
Wappen, unbefugtes Gebrauchen 405. 482.
Warenzeichen 404 ff.
Warnungszeichen, bei Äckern, Wiesen u. dergl. 517.
Wasserbauten, Beschädigung 443.
Wasserbehälter, Vergiftung 445.
Wasserdiebstahl, 314.
Wasserleitung, Beschädigung 443.
Wagen, vorschriftswidrige 521.
Wechsel, s. Übervorteilung und Wucher.
Wege, Abgraben oder Abpflügen 524 — Beschädigung 430 — öffentliche 174 — unbefugtes Betreten 517 — Wegnahme von Erde u. dergl. 524.
Wegnahme beim Diebstahl 317 — s. auch 408.
Wehre, Beschädigung 443.
Wehrpflicht, Verletzung ders. 201. 204. 482.
Weiden, unbefugtes Betreten 517.
Weinberg, unbefugtes Betreten 517. — Schließen dess. 516.
Weltrechtspflege, System der 26.
Werkzeug, Begriff 294.
Wertzeichen s. Post-, Telegraphenwertzeichen, Stempel ff.
Widersetzlichkeit 168. 174. 175. 180.
Widerstand gegen die Staatsgewalt 162 ff.
Wiesen, unbefugtes Betreten 517.
Wilddiebstahl 314.
Wilderei 410 ff.
Willenstheorie 101.
Wirt s. Polizeistunde und Glücksspiel.
Witwenkassen, Errichtung ohne Genehmigung 482.
Wohnung, Begriff 181.
Wucher 422 ff.
Wundarzt, s. Arzt.
Würde, unbefugtes Annehmen 482 — Verlust 46.

Zechprellerei 357.
Zeichen, Handlungen gegen ein öffentliches Z. der Autorität 157. 197. — s. auch Warnungszeichen, Postwertzeichen, Stempel ff., Telegraphenwertzeichen.
Zeit der begangenen Handlung 22. 120.
Zerstörung, s. d. betr. Gegenstand, ferner Sachbeschädigung, Urkundenvernichtung.
Zeuge, falsche Entschuldigung 199 — Meineid 214. 215. 217. — fahrlässiger Falscheid? 222 — Unfähigkeit bei Aufnahme von Urkunden 46 — Unfähigkeit zur eidlichen Vernehmung 221 — beim Zweikampf 278.
Zeugnis, Fälschung und Mißbrauch 499. — über den Gesundheitszustand 395. 396. — s. auch Zeuge.
Zinsfuß, Überschreitung 422. 482.
Zögling, Unzucht 236 — Verkuppelung 242.
Zopfabschneiden 293 295.
Zorn als Strafmilderungsgrund beim Totschlag 281.
Zubereitung, s. unter dem betreffenden Stoff.
Zuchthausstrafe 35 ff. 43. 45. 61. 97. 133.
Züchtigungsrecht 291. 459.
Zueignung bei der Unterschlagung 331.
Zueignungsabsicht 318.
Zuhälter 245.
Zurechnungsfähigkeit 84. 95.
Zureiten, gefährdendes 504.
Zurückbehaltungsrecht, Verletzung eines solchen 408.
Zurücknahme des Strafantrags 116.
Zusammenrottung 173. 180.
Zusatzstrafe 134.
Zwangserziehung 96. 97.
Zwangsgestellung, widerrechtliche 460. 461.
Zwangsmittel, widerrechtliche Anwendung in einer Untersuchung 461.
Zwangsvollstreckung, Vereitelung der 405. — s. auch Arrestbruch und Widerstand.
Zweck 105.
Zweifel über das Vorliegen eines Thatumstandes 103.
Zweikampf 272 ff.
Zwischengesetz 20.

Digitized by Google

Zusätze und Berichtigungen.

S. 3 zu EG § 2 II a. E.: Den Begriff der Materien und die damit im Zusammenhange stehenden Rechtssätze dehnt das RG auch auf solche reichsrechtliche Strafbestimmungen aus, die sich außerhalb des StGB's finden, und erklärt daher landesrechtliche Verbote des Streikpostenstehens deshalb für ungiltig, weil sie unter die durch GO § 152 geregelte Materie fallen. E 34, 121. Näheres über das Streikpostenstehen s. Nebenstrafgef. zu GO § 152.

S. 16 zu § 1 IV 2. Z. 2 v. o. anstatt III 1 lies: II 1.

S. 20 zu § 2 IV 3. Über die hier behandelte Frage s. jetzt auch Kohlrausch, Ztschr. 28, 41 ff.

S. 23 zu § 3 IV 3. Z. 5 v. u. anstatt viel lies: mit.

S. 26 zu § 5 I Z. 3 v. o. ist hinzuzufügen: Seemannsordnung § 121.

S. 29 zu § 7. Auch E 35, 41 stellt die Art und Weise der Anrechnung im Auslande vollzogener Strafen in das Ermessen des Richters; nur soll dieser zu einer Vergleichung des in- und des ausländischen Strafensystems verpflichtet sein.

S. 30 zu § 8 I a. E. ist hinzuzufügen: Im Sinne der Seemannsordnung gelten die Schutzgebiete als Inland (§ 6 das.). Der Umstand, daß es einer besonderen Bestimmung bedurfte, um dieses Ergebnis herbeizuführen, spricht entschieden gegen v. Liszt.

S. 47 zu § 34 II 2 a. E. S. über die Frage auch West i. d. Blättern für Rechtspflege in Thüringen. 46. Bd. Heft 6.

S. 67 Z. 2 v. u. anstatt Köhler lies: Kohler.

S. 72 zu § 47 V a. E. ist zu berichtigen: Freudenthal fordert allerdings zur Mitthäterschaft allseitiges Verschulden (a. a. O. 127). Er bestreitet aber, daß da, wo bei Begehung des Delikts durch mehrere Personen eine Strafschärfung eintritt, es sich überhaupt um Mitthäterschaft handle.

S. 75 zu § 48 II 1a. Über den Begriff der Drohung s. auch Binding, Lehrb. 85.

S. 75 zu § 48 III 2. Vergl. auch Seemannsordnung § 102.

S. 83. Über die Einwilligung des Verletzten s. auch Klee, Arch. 48, 177 ff.

S. 90 zu § 52 III 1. Nach E 35, 49 gehört zum Verlöbnis im Sinne des Strafrechts der beiderseits vorhandene ernstliche Wille, den andern Teil zu ehelichen. Der Mangel dieses Willens kann durch seine Erklärung nicht ersetzt werden.

S. 96 Z. 1 v. o.: Das hier erwähnte Urteil des RG's s. jetzt E 35, 37.

S. 112 zu § 61 IV 2a a. E. ist hinzuzufügen: E 35, 149 erkennt eine Antragsbefugnis des Konkursverwalters auch bezüglich solcher Delikte an, die bereits vor der Konkursverwaltung begangen wurden. Wegen der Fristberechnung s. S. X zu S. 119.

S. 113 zu § 61 V Z. 3 v. o. ist hinzuzufügen: Eine ganz andere Frage ist die, ob der von dem Berechtigten gestellte Antrag auch über seinen Tod hinaus wirkt. Sie ist mit der herrschenden Lehre zu bejahen, da das Gesetz für das Erlöschen der Antragswirkung durch den Tod keinen Anhalt bietet. A. A. Löwenstein, D. JZ 7, 573.

S. 115 zu § 62 II a. E. anstatt § 65 IV lies: § 65 III.

S. 118 zu § 65 I Z. 2 v. u. ist hinter E 4, 145 hinzuzufügen: 35, 131.

S. 119 zu § 65 Z. 10 v. o. ist hinzuzufügen: Die Frage, ob ein Pfleger mit Recht bestellt wurde, hat der Strafrichter nicht zu prüfen. E 35, 47.

Digitized by Google

S. 119 zu § 65 III. E 35, 149 nimmt an, daß für den Konkursverwalter mit der Eröffnung des Konkursverfahrens eine selbständige Antragsfrist zu laufen beginne, läßt aber die Frage dahingestellt, ob dies auch dann gilt, wenn zu jener Zeit die Antragsbefugnis des Gemeinschuldners bereits durch Nichtgebrauch erloschen war.

S. 189 zu §§ 128. 129. Nach E 18, 273. 35, 177 sind Verbindungen im Sinne dieser Stellen nur solche, die eine Einwirkung auf öffentliche Angelegenheiten bezwecken oder deren Zweck dahin geht, politische Gegenstände in Versammlungen zu erörtern. Strafbar brauche der Zweck nicht zu sein.

S. 190 zu § 130 I. E 35, 96 versteht unter Klassen der Bevölkerung solche Teile derselben, die durch auf dauernder Gleichheit beruhende Übereinstimmung der Lebens- und sozialen Verhältnisse verbunden sind. Daher seien streikende und nicht streikende Arbeiter keine verschiedenen Bevölkerungsklassen.

S. 225 zu § 164 ist hinzuzufügen: VII. Spezialfälle s. Seemannsordnung §§ 107 Nr. 4. 108. Vergl. das. § 112.

S. 246 zu § 181a II 1. E 35, 92 nimmt Zuhälterei schon dann an, wenn sich jemand in einem derartigen Verhältnisse zu einer Dirne befindet, daß diese ihm öfters in Wirtschaften Speisen und Getränke bezahlt, sofern es sich dabei um Zehrungen handelt, die mindestens teilweise zum Lebensunterhalt erforderlich waren.

S. 246 zu § 181a II 2. Förderlich im Sinne dieser Bestimmung ist nach E 35, 56 nur, wer zu der Frauensperson in Bezug auf die Ausübung des unzüchtigen Gewerbes in eine persönliche Beziehung tritt. In dem Vermieten an Prostituierte ist also keine Zuhälterei zu finden.

S. 247 zu § 182 1. Dagegen nimmt E 35, 45 an, daß unbescholten ein Mädchen mit unversehrter Geschlechtsehre sei, legt also auf das Bekanntsein der Versehrtheit kein Gewicht. Demnach könne das Delikt nicht als fortgesetztes begangen werden.

S. 247 zu § 182 III a. E. Aus dem Umstande, daß Unbescholtenheit ein negativer Begriff ist, folgert RG, Arch. 49, 134, es bedürfe zur Freisprechung des Beweises der Bescholtenheit. A. A. Benn.-Bel. 379.

S. 257 zu § 186 I 2. Ein Verächtlichmachen genügt schon dann, wenn es in einem abgeschlossenen Personenkreise erfolgt. E 35, 126.

S. 276 zu § 204 II a. E. Nach E 35, 260 wirkt der freiwillige Rücktritt einer Partei auch zu Gunsten der Kartellträger.

S. 309 zu § 239 VIII. Spezialdelikt s. Seemannsordnung § 114 Nr. 5.

S. 368 zu § 266 III 1 ist hinzuzufügen: Hinsichtlich des Beistands der Mutter übereinstimmend E 35, 338.

S. 370 zu § 266 IX ist hinzuzufügen: Ges. über d. privaten Versicherungsunternehmungen v. 12./5 1901 § 110.

S. 373 zu § 267 III 1. E 35, 145 sieht die Abschriften von Geschäftsbriefen eines Kaufmanns als Urkunden an.

S. 391 zu § 271 VIII a. E. lies: Spezialbestimmungen Seemannsordnung §§ 107 Nr. 1. 114 Nr. 4.

S. 400 zu § 284 V. E 35, 391 läßt die Einziehung der Gelder zu, die ein Buchmacher auf den Rennplatz mitbringt, in der Absicht, sie den bei ihm Wettenden auszuzahlen.

S. 429 zu § 303 VI. Spezialbestimmung s. Seemannsordnung § 109.

S. 490 zu § 360 XI. Wegen des Streikpostenstehens s. auch oben zu S. 3.

Digitized by Google

Druck von J. B. Hirschfeld in Leipzig.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google